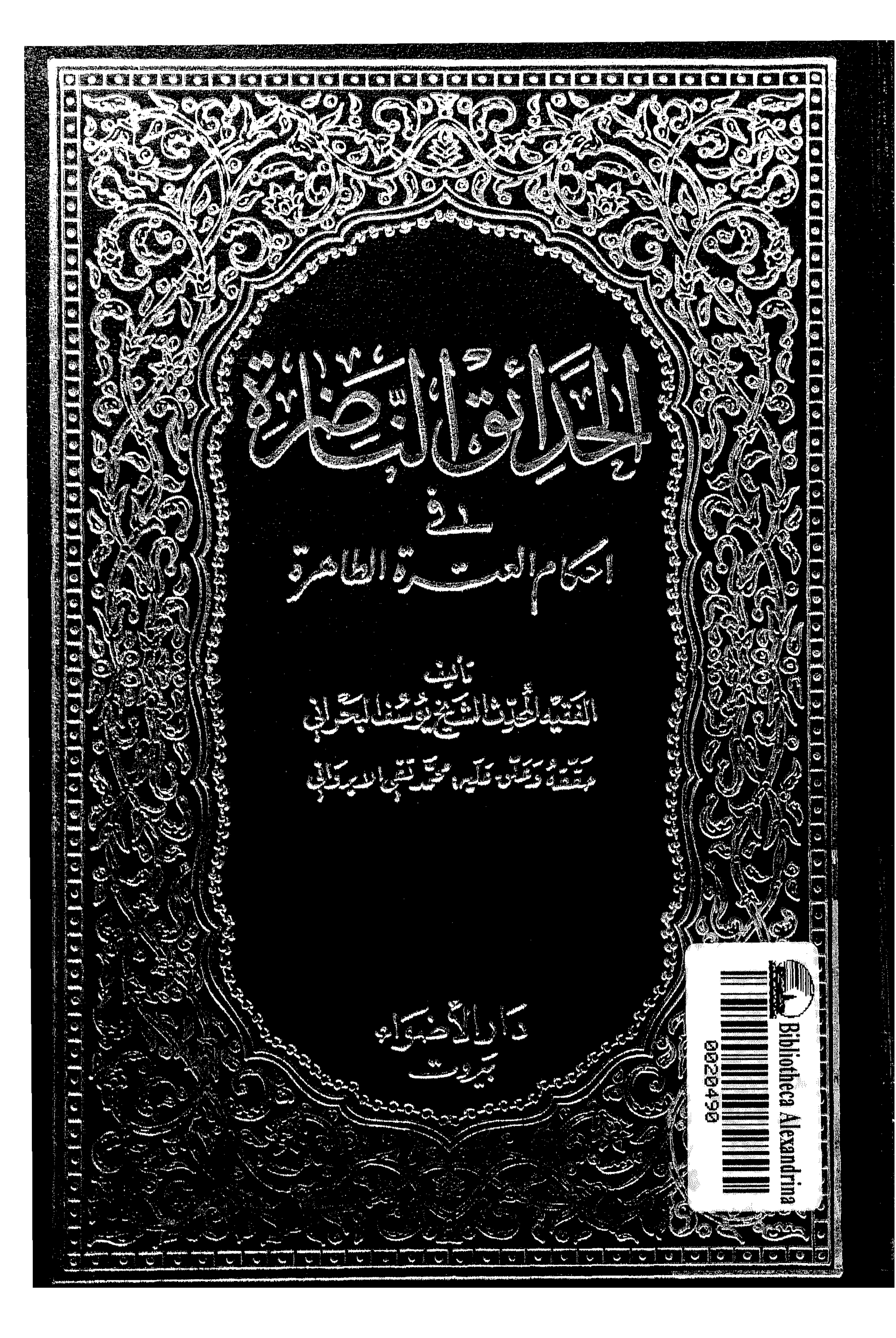
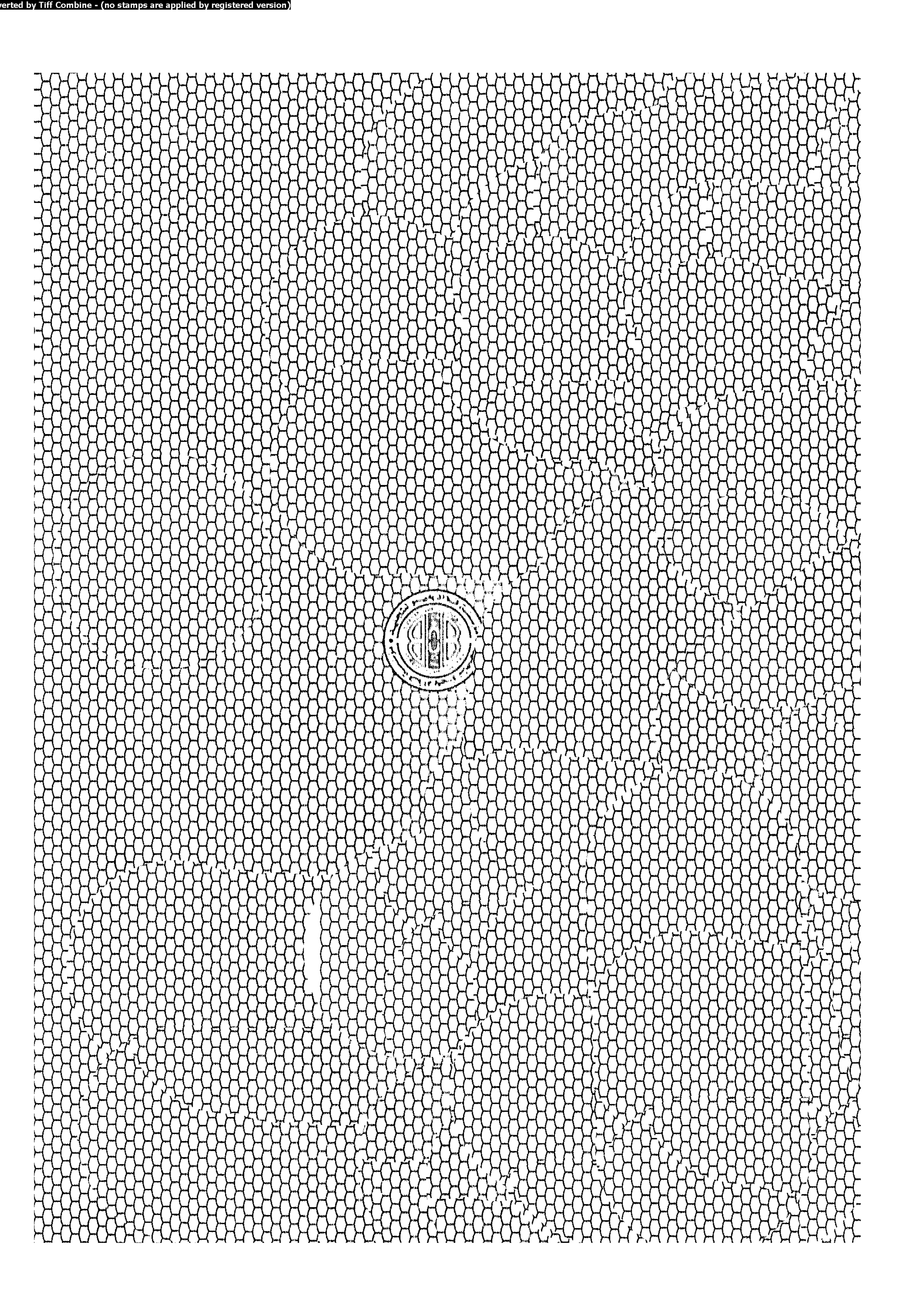
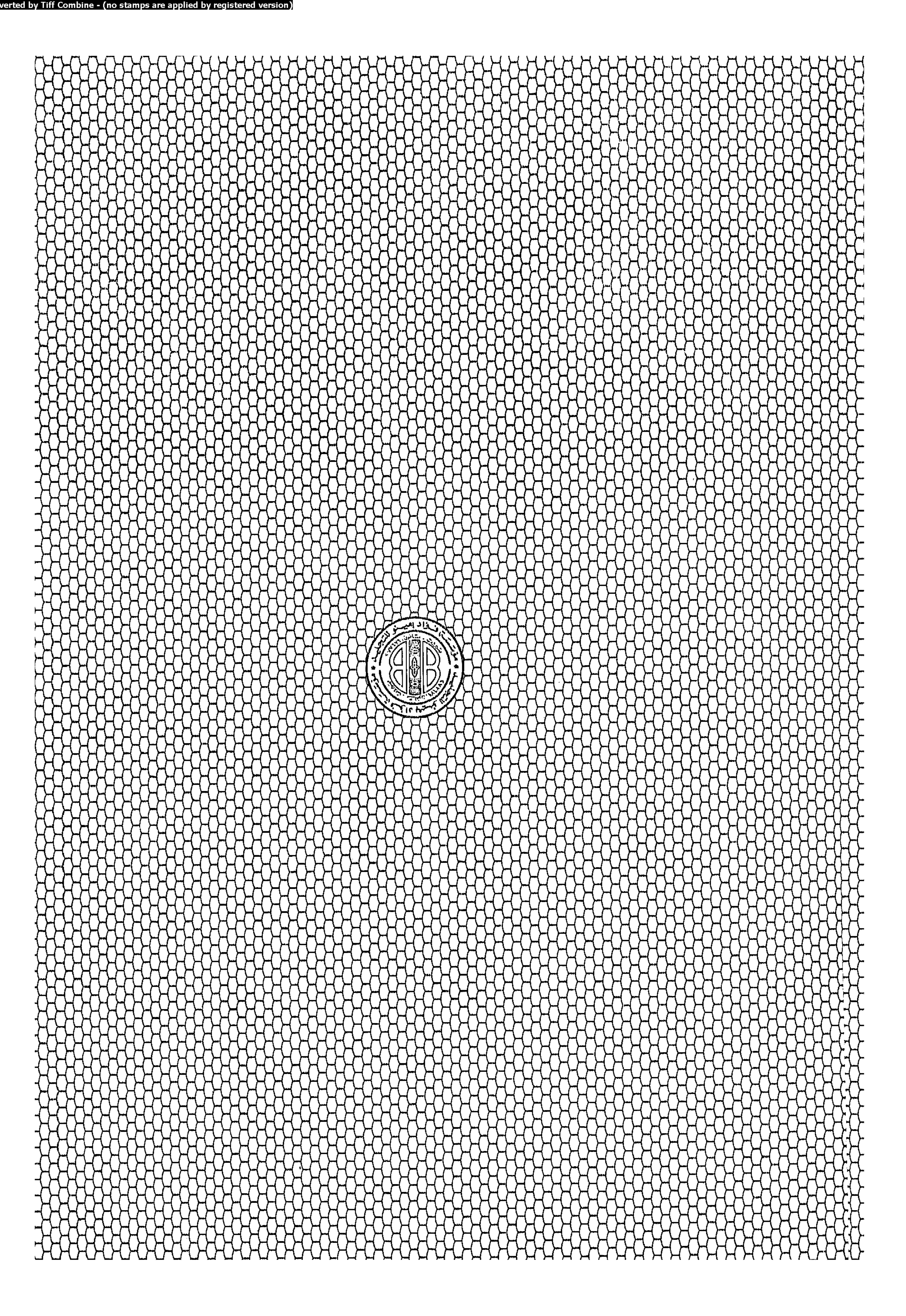


الحدائق الناضرة
في
احكام العترة الطاهرة
تأليف
الفقيه المحدث الشيخ يوسف البحراني
حققه وعلق عليه محمد تقي الايرواني
دار الأضواء
بيروت
Bibliotheca Alexandrina
0020490







الحدائق الناضرة

في احكام العترة الطاهرة



الحدائق الناضرة

في احكام العترة الطاهرة

تأليف

الفقيه المحدث الشيخ يوسف البحراني

المتوفى سنة ١١٨٦ هجرية

حققه وعلق عليه : محمد تقي الايرواني

الجزء الثاني والعشرون

دار الأضواء

الطبعة الثانية المُصحَّحة
١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م

دار الأضواء

بيروت - الغبيره - شارع عبد الله الحاج - بناية الروضة
ص.ب: ٢٥/٤٠ - برقياً: الغبيره - حسنكو

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمدلله رب العالمين،وصلى الله على محمد وآله الطاهرين.

كتاب الوكالة

قال في التذكرة : الوكالة عقد شرع للاستنابة في التصرف ، وهي جائزة بالكتاب ، والسنة ، والاجماع ، أما الكتاب « فقوله سبحانه (١) انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها » فجوز العمل ، وذلك بحكم النيابة عن الشخص ، وقوله تعالى (٢) « فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة ، فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه وليتلطف » وهذه وكالة ، وقوله تعالى (٣) « اذهبوا بقميصي هذا فألقوه على وجه أبي يأت بصيراً » ، فهذه وكالة وأما السنّة فمارواه العامة ثم نقل جملة من أخبارهم ، ومنها حديث عروة البارقي (٤) في شراء الشاة ، وحديث وكالته (صلى الله عليه وآله) عمرو بن أمية الضيمرى (٥) في قبول نكاح أم حبيبة بنت أبي سفيان ، ووكل أبارافع (٦) في قبول نكاح ميمونة ، ثم نقل حديثا من طرق الخاصة ، وأحال على الاحاديث الآتية في الكتاب ، الى أن قال : وقداجتمعت الأمة في جميع الأمصار والأعصار على جواز الوكالة ، ولأن اشتداد

---

(١) سورة التوبة ــ الاية ٦٠ .

(٢) سورة الكهف ــ الاية ١٩ .

(٣) سورة يوسف ــ الاية ٩٣ .

(٤) و (٥) و (٦) المستدرك ج ٢ ص ٤٦٢ الباب ١٨ ح ١ و ص ٥١٠ الباب ٢٠ ح ٣ .

الحاجة الى الوكالة ظاهرة ، اذلا يمكن لكل أحد مباشرة مايحتاج اليه من الأفعال فدعت الضرورة الى الا ستنابة ، انتهى كلامه .

والكلام في هذا الكتاب يقع في مطالب سبعة :

المطلب الاول في العقد و مايلحق به :

وتحقيق الكلام في ذلك يقع في مسائـل : الاولى : قال في التذكرة عقيب الكلام المتقدم : الوكالة عقد يتعلّق به حكم كل واحد من المتعاقدين ، فافتقر الى الايجاب والقبول ،كالبيع والأصل فيه عصمة مال المسلم ، ومنـع غيره من التصرف فيه إلا باذنه ، فلابد من جهة المو كل من لفظ دال على الرضا بتصرف الغير له ، وهو كل لفظ يدل على الاذن ، مثل أن يقول و كلتك في كذا وفوضت اليك ، واستنبتك فيه ، وما أشبهه ، ولو قال : و كلتني في كذا فقال : نعم ، وأشار بمايدل على التصديق كفى في الايجاب ، ولو قال : بع واعتق ونحوهما حصل الاذن ، وهذا لايكاد يسمى ايجاباً بل هو أمر واذن ، وانما الايجاب قوله و كلتك واستنبتك وفوضت اليك وما أشبهه وقوله أذنت لك في فعله ليس صريحـاً في الايجاب ، بـل اذن في الفعل ، الى أن قال : ولابد من القبول لفظاً ، وهو كل مايدل على الرضا بالفعل أوقولاً ، ويجوز القبول بقوله قبلت ، وما أشبهه من الألفاظ الدالة عليه ، و كل فعل يدل على القبول ، نحو أن يأمره بالبيع فيبيع أو بالشراء فيشتري ، لأن الذين و كلهم النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) لم ينقل عنهم سوى امتثال أمره ، ولأنه اذن في التصرف ، فجاز القبول فيه بالفعل ، كأكل الطعام انتهى .

أقول : قد تقدم في غير موضع مايدل على سعة الدائرة في العقود وأن المعتبر فيها هو كل ما يدل على الرضا من الطرفين بذلك المعقود عليه ، بقي الكلام في قوله « ان قوله بع واعتق لايسمى ايجاباً ، وانما هو أمر واذن ، وكذا في قوله أذنت لك في فعله ، ليس صريحاً في الايجاب .

ففيه أنه قد صرح أولاً بأن الايجاب عبارة عن كل لفـظ يدل على الرضا بتصرف الغـيرله ، وهو كل لفـظ يدل على الأذن ، وقال : أخـيراً في تعليل صحة القبول الفعلي ، ولأنه اذن في التصرف ، فجاز القبول فيه بالفعل ، وتقدم في كلامه السابـق عدّ الآية ، وهي قوله عزوجل (١) « اذهبوا بقميصي » وقوله تعالى (٢) « فابعثوا أحدكم بورقكـم » عن باب الوكالة ، وقال : أيضاً بعد هذا الكلام الذي نقلناه وقد وكل النبي (صلى‌الله عليه وآله وسلم) عروة البارقي (٣) في شراء شاة بلفظ الشراء ، يعني اشتر ، وهو مثل لفظ بـع الذي منع منه هنا ، وقال : قال الله تعالى مخبراً عن أهل الكهف ، ثم ذكر الآية ثم قال : دل على الاذن فجرى مجرى قوله وكّلتك ، ومقتضى ذلك كون المثالين المذكورين ، وقوله أذنت لك كذلك .

وبالجملة فان المستفاد من كلامهم هو سعة الدائرة ، في هذا العقد زيادة على غيره من العقود من حيث أنه من العقود الجائزة ، فلا يختص بألفاظ مخصوصة ، بل يكفي كل مادل على الرضا بالاستنابة .

قال في المسالك : لما كان عقد الوكالة من العقود الجائزة صح بكل لفظ يدل على الاستنابة وان لم يكن على نهج الالفاظ المعتبرة في العقود ، وينبه عليه قول النبي (صلى‌الله عليه وآله وسلّم) لعروة البارقي « اشتر لنا شاة » وقوله تعالى حكاية عن أهل الكهف (٤) « فليأتكم برزق منه » ومنه بع ، واشتر ، واعتق ، وأذنت لك في كذا ، ونعم ، عقيب الاستفهام التقريري ، كوكلتني في كذا ، لأنها نائبة مناب وكّلتك ، وكذا الاشارة الدالة على المراد الواقعة جواباً ، فانها وان لم تفد جواباً صريحاً ولم يحصل النطـق به ، إلا أنه بمنزلته في الدلالة ، فيكفى فيه التوسع في مثل هذا العقد ، انتهى وهو جيد .

(١) سورة يوسف ـ الاية ٩٣ .
(٢) سورة الكهف ـ الاية ١٩ .
(٣) المستدرك ج ٢ ص ٤٦٢ الباب ١٨ ح ١ .
(٤) سورة الكهف ـ الاية ١٩ .

ثم ان ظاهر كلامهم هنا الأتفاق على الأكتفاء بالقبول الفعلي ، وان اختلفوا فيه في غيره من العقود سيما العقود اللازمة كما تقدم ذكره في جملة من العقود، وذلك بأن يوكله في البيع أو الشراء ، فيبيع أو يشتري من غير لفظ يدل على القبول ، قالوا : والوجه في ذلك أن المقصود عن الوكالة الاستنابة ، والاذن في التصرف ، وهو اباحة ورفع حجر ، فأشبه اباحة الطعام ، ووضعه بين يدي الآكل ، فانه لايفتقر الى القبول اللفظي .

بقي الكلام في أن ظاهر ما قدمنا نقله عنه من قوله « وكل فعل يدل على القبول » الى آخره يدل على أن القبول الفعلي هو فعل ما تعلقت به الوكالة ، وهو الذي صرح به غيره من الأصحاب أيضاً الا أنه قال بعد هذا الكلام والقبول يطلق على معنيين : أحدهما الرضا والرغبة فيما فوض اليه ، ونقيضه الرد ، والثاني اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر في البيع ، وسائر المعاملات ، ويعتبر في الوكالة القبول بالمعنى الاول ، حتى لو رد وقال : لاأقبل أو لا أفعل ، بطلت الوكالة ولو ندم وأراد أن يفعل أو يرجع ، بل لابد من استيناف اذن جديد مع علم الموكل ، لأن الوكالة جائزة من الطرفين ، يرتفع في الالتزام بالفسخ انتهى .

وظاهر هذا الكلام أنه لايكفي مجرد الفعل لما تعلقت به الوكالة ، بل لابد من اقترانه بالرضا والرغبة ووقوعه قبل أن يرد ، ومقتضى الكلام الأول هو صحة الوكالة متى فعل ما وكل به لأن بذلك يحصل القبول ، وينضم الى الايجاب المتقدم وان رد أولاً ، وقال : لاأقبل ، والفسخ إنما يكون بعد تمام العقد بالقبول ، ومالم يفعل أو يقبل باللفظ فلا معنى للفسخ ، لعدم حصول العقد .

ويؤيد ماذكرناه عموم أدلة الوكالة مثل قوله عليه‌السلام (١) « الوكالة ثابتة حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول » على أن انعزاله بعزله نفسه بعد تمام

(١) التهذيب ج ٦ ص ٢١٣ ح ١ ، الفقيه ج ٣ ص ٤٧ ح ٣٣٨١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٥ ح ١ .

العقد مع عدم عزل الموكل له محل منع ، كما سيأتي التنبيه عليه ان شاء الله تعالى في محله .

ثم ان ظاهر ما ذكروه من الاكتفاء في الايجاب بما يدل على الوكالة ، ولو بالاشارة هو الاكتفاء بالكتابة أيضاً ، قال في المسالك : وما ذكره المصنف والجماعة من الاكتفاء في الايجاب بالاشارة اختياراً يقتضى الاكتفاء بالكتابة أيضاً ، لاشتراكهما في الدلالة مع أمن التزوير انتهى .

أقول : والذي وقفت عليه من أخبارهم عليهم السلام في المقام ما رواه الصدوق عن داود بن الحصين عن عمر بن حنظلة (١) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل قال لآخر اخطب لي فلانة ، فما فعلت من شيء مما قاولت من صداق أو ضمنت من شيء أو شرطت فذلك لي رضا وهو لازم لي ولم يشهد على ذلك ، فذهب فخطب له ، وبذل الصداق . الحديث وما رواه عن حماد عن الحلبي (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال في رجل يحمل المتاع لأهل السوق وقد قوّموا عليه قيمة فيقولون بع فما ازددت فلك الى أنه قال في امرأة ولّت أمرها رجلاً فقالت : زوجني فلاناً الحديث ، وفيه أنه بعد أن قاول الزوج على المهر زوّجها من نفسه فأبطل عليه السلام التزويج ، و موثقة سماعة (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يحمل المتاع لأهل السوق ، وقد قوموا عليه قيمة فيقولون : بع فما ازددت فلك ، فقال لابأس بذلك .

وفي صحيحة زرارة (٤) « قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : رجل يعطي المتاع فيقول ما ازددت علي كذا فهو لك فقال : لابأس » .

وفي صحيحة محمد بن مسلم (٥) عن أبي عبدالله عليه السلام « انه قال في رجل

---

(١) و (٢) الفقيه ج ٣ ص ٤٩ ح ٤ وص ٥٠ ح ٦ ، التهذيب ج ٦ ص ٢١٦ ح ٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٨ ح ١ و ص ٢٩٠ ح ١ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ١٤٥ ح ٢٩ ، الكافي ج ٥ ص ١٩٥ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٥٤ ح ٣٣ .

(٤) و (٥) التهذيب ج ٧ ص ٥٤ ح ٣٢ و ٣١ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٢ ص ٣٨١ ح ٣ و ٢ و ١ .

قال لرجل : بع ثوباً بعشرة دراهم فما فضل فهو لك ، قال : ليس به بأس » .

والعقود في هذه الأخبار كلها كما ترى من قبيل ماتقدم من قوله بع واعتق واشتر ، ونحو ذلك مما يدل على الاذن والاستنابة ، وليس في شيء منها مايتضمن القبول لفظاً وانما تضمنت المبادرة الى امتثال ما أمر به ، لكنه في الحديث الثاني حيث خالف مقتضى الأمر وزوجها من نفسه أبطل عليه السلام التزويج .

ونحو ذلك في صحيحة هشام (١) عن أبي عبدالله عليه السلام : إذا قال لك الرجل اشتر لي فلا تعطه من عندك ، الحديث .

وقوله في موثقة اسحاق بن عمار (٢) عنه عليه السلام « قال : سألته عن الرجل يبعث الي الرجل فيقول : ابتع لي ثوبا فيطلب له في السوق الحديث .

وفي الثانية منهما دلالة على ثبوت الوكالة من الغائب بالمكاتبة أو الارسال على لسان شخص آخر كما تقدم ذكره .

وفي رواية هشام بن سالم (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل وكل آخر على وكالة في امضاء أمر من الأمور وأشهد له بذلك شاهدين فقام الوكيل فخرج لامضاء الأمر » ، الحديث .

وهو ظاهر في الاكتفاء بالقبول الفعلي واطلاق هذه الاخبار ظاهر فيما هو المشهور من حصول القبول الفعلي بالاتيان بما تعلقت به الوكالة ، خلافاً لما تقدم نقله عن التذكرة من اشتراط الرضا والرغبة .

وفي رواية العلا بن سيابة (٤) « قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن امرأة وكلت رجلاً أن يزوجها من رجل ، فقبل الوكالة وأشهدت له بذلك ، فذهب الوكيل فزوجها » الحديث .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٦ ح ١٩ ، الوسائل ج ١٢ ص ٢٨٨ ح ١ .
(٢) الوسائل ج ١٢ ص ٢٨٩ ح ٢ .
(٣) و (٤) التهذيب ج ٦ ص ٢١٣ ح ٢ و ص ٢١٤ ح ٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٦ ح ١ و ٢ .

وهذا الخبر مما يدل على القبول لكنه أعم من أن يكون بلفظ قبلت ونحوه، أو بمجرد اظهار الرضا، وفي صحيحة أبي ولاد الحناط (١) «قال : سئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجل أمر رجلاً أن يزوجه امرأة بالمدينة، وسما هاله، والذي أمره بالعراق فخرج المأمور فزوجها اياه» الحديث.

ورواية الحذاء (٢) «عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أمر رجلاً أن يزوجه امرأة من البصرة من بني تميم، فزوّجه امرأة من أهل الكوفة من بني تميم، قال : خالف أمره» الحديث.

وفي هذين الخبرين دلالة على مادلت عليه الأخبار المتقدمة من قوله : «زوجني او اخطب لي» والقبول فيهما إنما وقع بالإتيان بما أمر به، لكنه في الثاني أبطل الوكالة من حيث المخالفة.

وفي رواية محمد بن عيسى(٣) «أنه بعث اليه أبو الحسن الرضا عليه السلام بثلاثمائة دينار الى رحُم امرأة كانت له، وأمره أن يطلقها عنه ويمتعها بهذا المال» وفيها دلالة على ما قدمنا ذكره من ثبوت الوكالة عن الغائب بالكتابة أو الإرسال على لسان شخص، الى غير ذلك من الأخبار التي يقف عليها المتتبع، ولا يخفى على من تتبع الروايات الخاصة والعامة أن ما اشتملت عليه من عقود الوكالة ليس فيها أزيد من الأوامر بما يريده الموكل مما يدل على الاذن له في التصرف، وليس فيها لفظ «وكلتك» ولا نحوه من تلك الألفاظ، وكذا في جانب القبول ليس فيها أزيد من الرضا بذلك، والمبادرة الى فعل ما وكل فيه، وكأنهم إنما اخذوا هذا اللفظ واشتقوه من لفظ الوكالة فعبروا به، وعبروا بالقبول من حيث الدلالة على الرضا الذي هو الأصل في صحة العقد، فسرى الوهم الى ترجيح الفرع على الاصل.

---

(١) الفقيه ج ٣ ص٢٧١ ح ٧٥.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٣ ح ١٥٢، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٤ ح ٤٤.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٤٠ ح ٤٠، وهذه الروايات فى الوسائل ج ١٤ ص ٢٣٠ ح ١ و ص ٢٢٨ ح ١ و ج ١٠ ص ٤١٠ فى تعليقة ح ٦.

أقول : ويستفاد من موثقة اسحاق بن عمار ، وصحيحة أبي ولاد عدم فورية القبول في عقد الوكالة ، والظاهر أنه اتفاقي عندهم ، كما يفهم من التذكرة حيث أسنده الى أصحابنا ، وجوز تراضيه الى سنة ، ومما ذكر يعلم ضعف مناقشة المسالك للمصنف حيث ان المصنّف استدل على جواز تأخير القبول ، بأن الغائب له أن يوكل ، والقبول متأخر ، وأورد عليه أن جواز توكيل الغائب فرع جواز التراخي في القبول ، اذ لو قلنا بفوريته لم يصح .

وفيه ان المصنف إنما استدل بتوكيل الغائب بناء على النص الدال على ذلك كما ذكرناه ، ومتى ثبت ذلك بالنص في الغائب ثبت في غيره بتنقيح المناط ، إذ لا خصوصية للغائب بذلك ، مع تأيد ذلك باطلاق جملة من أخبار الوكالة أيضاً والله سبحانه العالم .

الثانية لا خلاف بين الأصحاب في اشتراط التنجيز في الوكالة ، فلو علقها على شرط يمكن وقوعه وعدم وقوعه ، مثل « ان قدم زيد » أو على صفة وهي ما لو كان وجوده في المستقبل محققاً كطلوع الشمس ، ومجيىء رأس الشهر بطلت .

قال في التذكرة : لا يصح عقد الوكالة معلقاً بشرط ، أو وصف ، فان علقت عليهما بطلت ، مثل أن يقول : « إن قدم زيد » أو « إن جاء رأس الشهر وكلتك » عند علمائنا ، وهو أظهر وجهي الشافعية ، انتهى .

والظاهر أن مرجع ذلك الى أنه لا يجوز توقيف حصول الوكالة على شيء من هذين الأمرين ، سواء كان مقروناً بأداة الشرط مقدماً أو مؤخراً ، مثل « إن كان كذا فأنت وكيل » أو « أنت وكيل إن كان كذا » أو غير مقرون بها مثل « وكلتك بشرط مجيء زيد » هذا .

والظاهر أنه لا خلاف أيضاً في أنه لو تنجز الوكالة وشرط تأخير التصرف كأن يقول « وكلتك في كذا ، ولا تتصرف إلا بعد شهر » ، فانه يجوز ، ونقل الاجماع عليه في التذكرة أيضاً ، وكذا الظاهر أنه لا نزاع عندهم في جواز التوقيت ، مثل أن

يقول : وكلتك شهراً ، وأنه لايكون بعد تمامه وكيلاً ، وأنت خبير بأنه لافرق عند التأمل بعين التحقيق بين التعليق على الصفة ، وهو قولنا : وكلتك ان جاء رأس الشهر ، أو ان طلعت الشمس ، وبين التنجيز الذي ذكروه مع شرط التأخير كأن يقول وكلتك ، ولاتتصرف إلا بعد شهر ، فانا لانعرف لهذا التنجيز هنا معنى ، ولا ثمرة مع هذا الشرط ، والمسئلة من أصلها عارية من النص .

وحينئذ فالظاهر أن الفارق إنما هو الاجماع المدعى في التذكرة في كل من الموضعين ، وأما ماذكره في المسالك حيث قال بعد ذكر المسئلة الثانية : وهي مالو نجز الوكالة ، وشرط تأخير التصرف جاز ، والوجه أن منعه من التصرف في الوقت المعين شرط زائد على أصل الوكالة المنجزة ، وهي قابلة للشروط السايغة ، وهذا وإن كان في معنى التعليق الا أن العقود لما كانت متلقاة من الشارع نيطت بهذه الضوابط ، وبطلت فيما خرج عنها ، وان أفاد فائدتها ، انتهى .

ففيه أنه أي نص دل هنا على ما ذكروه من بطلان العقد بالتعليق على الشرط ، أو الصفة المذكورين في كلامهم ، وأي نص دل على اشتراط التنجيز الذي ذكروه .

وبالجملة فانه لامستند لكل من المسئلتين ، ولاللفرق بينهما الا الاجماع المدعى ، والى ما ذكرنا يميل كلام المحقق الأردبيلي قال : ثم اعلم أن الاصل وعموم أدلة التوكيل ـ وكونه جائزاً ، ومبناه على المساهلة ، دون الضيق ، وما تقدم في عبارة التذكرة من أنه اذن وأمر وأنه مثل الاذن في أكل الطعام ولاشك في جواز تعليقه مثل ان جئت فأنت مأذون في الاكل ونحوه مع عدم مانع ظاهر ـ يدل على جواز التعليق ، ويؤيده جواز التعليق في العقود الجائزة مثل القراض ، بل هو وكالة بجعل ، والعارية وغيرها ، انتهى .

وبالجملة فمقتضى اطلاق روايات الوكالة وعمومها هو الصحة مطلقاً وتخصيصها يتوقف على الدليل ، وليس الا الاجماع ، فمن ثبت عنده حجية الاجماع وأنه

دليل شرعي فله أن يخصص به عموم تلك الأخبار ، والا فالعمل على ما دلت عليه تلك العمومات ، بقي الكلام في أنه متى حكمنا ببطلان العقد بتعلقه على الشرط ، فهل يجوز لـه التصرف بعد حصول الشرط ، أم لا ؟ قـرب في التذكرة الجـواز ، وجعله في القواعد احتمالاً .

قال في التذكرة : قد بينا بطلان الوكالـة المعلقة ، فلو تصرف الوكيل بعد حصول الشرط فالاقرب صحة التصرف ، لان الأذن حاصل لـم يزل بفساد العقد ، وصار كما لو شرط في الوكالة عوضا مجهولاً ، فقال : بع كذا على أن لك العشر من ثمنه ، فانه يفسد الوكالة ، ولكن ان باع يصح الشرط ، ثم اعترض على نفسه بعدم ظهور فائدة للفساد ، فقال : ان قيل لافائدة حينئذ للفساد على تقدير صحة التصرف التي هي ثمرة صحة عقد الوكالة ، فاذا وجدت مع القول بالفساد فلاثمرة في القول بالبطلان ، بل لامعنى للبطلان حينئذ ، إذ البطلان في المعاملات عدم ترتب الأثر ، وقد قيل : هنا بالترتيب مع الفساد ، ثم أجاب بأنه تحصل الفائدة في سقوط الجعل المسمى في عقد الوكالة ان كان ، والرجوع الى أجرة المثل كما في المضاربة الفاسدة ، فإنه تبطل الحصة المسماة ، ويرجع الى أجرة المثل ، وكـذا الشرط الفاسد في النكاح يفسد الصداق ، ويوجب مهر المثل ، وان لم يؤثر في النكاح ، انتهى ملخصاً .

و اعترضه في المسالك بأن الوكالة ليست أمراً زايداً على الاذن ، والجعل المشروط ليس جزءً منها ، وانما هو شرط زائد عليها لصحتها بدونه ، بخلاف المضاربة فان اشتراط الحصة شرط في صحتها ، ولأنه لو تم ذلك لزم الحكم بصحة التصرف مع فسادها بوجه آخر ، كقول الوكيل نفسه مع علم الموكل به وسكوته ، فان الاذن حاصل منه ، فلا يرتفع بفسخ الوكيل ، ولأن العقد حينئذ فاسد قطعاً ، ولا معنى للفاسد إلا ما لا يترتب عليه أثره ، ولأن الاذن المطلق انما وجد في ضمن الوجه المخصوص ، إذ لاوجود للكلي إلا في ضمن جزئياته ، ولم يوجد منها إلا هذا الجزئي فاذا ارتفع ارتفع الكلي ، ثم قال : وللتوقف في هذا الحكم مجال ، انتهى .

أقول : ويزيده تأييداً أن مقتضى كلام العلامة المذكور أن ثمرة ماذكره انما تظهر في صورة ما إذاكان العقد مشتملاً على جعل وإلا فمع عدم اشتماله على ذلك فانه لايظهر للحكم بالبطلان فائدة ، ولا أثر يترتب عليه ، وحينئذ لا يكون ماذكره كلّياً ، ويتم ما أورده على نفسه ، وعلى هذا يجب القول بصحة العقد حينئذ ، وليس ذلك إلا من حيث بطلان اشتراط التنجيز الذى جعلوه شرطاً في صحة الوكالة ، ولأنه إذا حكم بفساد الوكالة من حيث كون عدم التعليق شرطاً في صحتها ، فمع التعليق المذكور يجب الحكم بالبطلان ، لفوات شرط الصحة ، فكيف يصح التصرف حينئذ الذي هو ثمرة الصحة ، ويحكم باستحقاق الأجرة ، وكيف تظهر الفائدة فيما ذكره ، مع أنه يرجع الى القول بعدم اشتراط التنجير ، وعدم البطلان مع التعليق ، بل تصح فيها إذا لم يكن جعل ، بل معه أيضاً ، وإنما يبطل الجعل خاصة ، على أن ما ادعاه من الصحة ـ استناداً الى الاذن وأنه لم يزل بفساد العقد ، ـ قد عرفت ما فيه من كلام المسالك ، وتوضيحه أن الاذن إنما علم على تقدير الشرط الذي اشتملت عليه عبارة العقد ، والحال أنه قد حكم ببطلانها ، وليس هنا مايدل على الاذن غيرها ، ولزوم الأجرة على هذا أيضاً ممنوع ، كما تقدمت الاشارة اليه ، لأنه إنما تلزم لو فعل ما وكل فيه على ما أمر ، والحال أن ذلك الأمر قد بطل .

وبالجملة فان الحكم بالصحة لايتجه ولايتم إلا بناءً على عدم اشتراط التنجيز ، وهو ليس ببعيد ، كما عرفت من أنه لادليل على هذا الشرط غير الاجماع المدعى ، مع ما عرفت من المجازفة في أمثال هذه الاجماعات ، والله العالم .

الثالثة : اختلف الاصحاب في مالو وكله في شراء عبد هل يفتقر الى وصفه لينتفي الغرر أم لا ؟ وبالاول قال في المبسوط وجماعة منهم الشرايع ، قال في المبسوط: إذا وكله في شراء عبد وجب وصفه ، ولو أطلق لم يصح لما فيه من الغرر ، ونحو عبارة الشرايع ، وقيل : بالعدم ، وهو اختيار المسالك والمختلف وغيرهما ، وحجة

الأولين ما عرفت من الغرر ، لأن العبد المطلق متوغل في الابهام ، و صادق على أصناف مختلفة ، فلابد من وصفه ببعض الأوصاف المزيلة للجهالة ، ولو في الجملة ككونه تركياً أوزنجياً ولايجب استقصاء الأوصاف الرافعة للجهالة بالكلية .

وأجاب الآخرون بأن الغرر يندفع بمراعاة الوكيل المصلحة في شرائه ، فان الاطلاق محمول شرعاً على الاستنابة في شراء عبد يكون شرائه مشتملاً على مصلحة للموكل ، ويتخير الوكيل حيث توجد المصلحة في متعدد كذا ذكره في المسالك ، وفي المختلف أجاب بأن الاطلاق ينصرف الى شراء الصحيح بثمن المثل.

وظني أن شيئا من هذين الجوابين لايفي بالمطلوب ، أما الاول : فلأن مراعاة مصلحة الموكل فرع العلم بغرضه ومطلوبه من شراء ذلك العبد ، والمفروض أعم من ذلك ، وأما الثاني فان دفع الغرر لاينحصر في ما ذكره ، وقد ذكروا في كتاب البيع ولاسيما في السلم من توقف صحة البيع على الوصف الرافع للغرر ما هو ظاهر في تأييد ماقلناه .

وبالجملة فالاحتياط يقتضي الوقوف على ما ذهب اليه الشيخ ومن تبعه ، والله سبحانه العالم .

الرابعة : الظاهر أنه لاخلاف في أن الوكالة من العقود الجائزة من الطرفين فيجوز لكل منها العزل والفسخ قال في التذكرة : العقود أربعة أضرب : الأول : عقد لازم من الطرفين لاينفسخ بفسخ أحد المتعاقدين ، وهو البيع ، والاجارة ، والصلح ، والخلع ، والنكاح .

الثاني : عقد جائز من الطرفين وهو الوكالة ، والشركة ، والمضاربة ، والجعالة ، فلكل منهما فسخ العقد في هذه .

الثالث : عقد لازم من أحد الطرفين جائز من الآخر كالرهن ، فانه لازم من طرف الراهن ، جائز من طرف المرتهن ، والكتابة عند الشيخ جائزة من طرف العبد ، لأن له أن يعجز نفسه ، ولازمة من جهة المولى .

الرابع : المختلف فيه ، وهي السبق والرماية ان قلنا أنهما اجارة ، كان لازما ، وان قلنا أنهما جعالة ، كان جائزا ، ولا نعلم خلافاً من أحد من العلماء في أن الوكالة عقد جائز من الطرفين ، لأنه عقد على تصرف مستقبل ، ليس من شرطه تقدير عمل ، ولازمان ، فكان جائزا كالجعالة ، فان فسخها الوكيل انفسخت ، وبطل تصرفه ، وان فسخها الموكل فكذلك ، الى أن قال : ولا خلاف في أن العزل يبطل الوكالة ، انتهى .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الكلام هنا يقع في مقامين : الأول : في عزل الوكيل نفسه ، وقد عرفت أنه لا خلاف فيه ، قالوا : ولا فرق في بطلان الوكالة بعزله نفسه، بين اعلام الموكل وعدمه ، بخلاف عزل الموكل له لما سيأتي ـ ان شاء الله تعالى ـ في المقام الثاني ، ومقتضى ذلك أنه لا ينفذ تصرفه بعد عزله نفسه ، وقبل علم المالك ، لأن مناط صحة التصرف هو العقد ، والمفروض أنه صار باطلاً بعزله نفسه ، الا أنه قد صرح جملة منهم بأنه يحتمل توقف انعزاله على علم الموكل ، وحينئذ فيجوز له التصرف قبل بلوغه ، عملاً بالاذن العام الذي تضمنه الوكالة ، بل يحتمل ذلك مع بلوغه أيضاً ، لاصالة بقاء الاذن ، ومجرد علمه بالرد لا يدل على بطلانه من قبل الاذن ، قالوا : ولو اكتفينا في قبول الوكيل بفعله مقتضاها كيف كان ، قوي هذا الاحتمال جداً لأنها حينئذ تصير مجرد اذن و اباحة ، ويجوز مع ذلك اطلاق العقد عليها ، بحيث أن قبولها بالقول يصح ، ويترتب عليه أثر في الجملة ، وبهذا الاحتمال قطع في القواعد مع جهل الموكل بالرد .

أقول : قد عرفت مما قدمناه من الأخبار أنه ليس فيها ما يدل على ما ذكروه من القبول اللفظي الذي أدخلوا به الوكالة في باب العقود ، وإنما دلت تصريحاً في بعض وتلويحاً في آخر على القبول بالاتيان بالفعل المأمور به ، وان أدخلوها بذلك في باب الاذن والاباحة دون باب العقود ، كما أنه لا دلالة في شيء منها على ما اعتبروه من صيغ الايجاب التي ذكروها ، وعدوا بها الوكالة

من باب العقود كلفظ وكلتك ونحوه ، وإنما اشتملت على مجرد الاذن والأمر الذي هو عندهم أيضاً من باب الاباحة .

وبذلك يظهر لك أن الأظهر والأقوى بالنظر الى مراجعة الأخبار والعمل بما دلت عليه هو أنه بعزله نفسه ــ علم المالك أو لم يعلم ــ لاتبطل الوكالة ، لبقاء الاذن المفهوم من تلك الأوامر التي اشتملت عليها الأخبار ما لم يعزله المالك ، ويصرح بعزله .

وبالجملة فاني لم أقف على دليل من النصوص يدل على البطلان بعزله نفسه ، غير مايدعونه من الاجماع ، ومقتضى النصوص المذكورة وعموم أدلة الوكالة هو البقاء على مقتضاها ، حتى يثبت المخرج من ذلك ، والمانع منه ، وليس الا عزل الموكل ونحوه مما سيأتي ، وأما عزله نفسه وكونه مبطلا لها فلم أقف فيه على نص ، ومجرد كونها من العقود الجائزة لايوجب ماذكروه من بطلانها بعزله نفسه ، وانه فسخ لها ، بل غاية مايوجبه أنه لايلزمه شرعاً ولا يجب القيام بذلك ، كما هو مقتضى العقود اللازمة ، بل ان شاء فعل وان شاء لم يفعل ، وعدم مشية الفعل في وقت عزله نفسه ورده لها ، لايوجب منعه من الرجوع متى أراد ، الا أن يعزله الموكل .

قال في المسالك ــ في بيان تطبيق ما قدمنا نقله عنهم من الأحتمال الدال على جواز التصرف على ما ذكروه في أصل المسئلة ، من بطلان الوكالة وعدم جواز التصرف مالفظه ــ : ويمكن الجمع بين كونها عقداً جائزاً تبطل بالرد ، وعدم بطلان التصرف بالرد ، بأن يحكم ببطلان الوكالة الخاصة وما يترتب عليها من الجعل لو كان ، وبقاء الاذن العام .

أقول : لايخفى ما فيه من التكلف البعيد ، بل التحمل الغير السديد ، اما أولا فبما أشرنا اليه آنفاً من أنه لامنافاة بين كونها عقداً جائزاً وبين كونها صحيحة مع الرد ، وعزله نفسه ، لأن جوازها ليس الا بمعنى عدم وجوب القيام

بها ، وعدم ترتب المؤاخذة على تركها ، وهذا لاينافي جواز الرجوع اليها بعد تركها والاعراض عنها .

وثانياً ان ما ذكره من الحكم ببطلان الوكالة الخاصة وبقاء الاذن العام مردود بما قدمنا نقله عنه في المسئلة الثانية في مقام الرد على كلام التذكرة ، من قوله ان الوكالة ليست أمراً زايداً على الاذن ، وهذا هوالذي عضدته الأخبار المتقدمة ، فانه ليس فيها أزيد من الأوامر الدالة على طلب تلك الأشياء المذكورة من قوله اشتر ، وبع ، واخطب ، وطلق ، ونحوذلك الراجع جميعه الى الاذن في مباشرة هذه الأمور ، وهذه صيغ الوكالة التي اضطرب فيها كلامهم ، وقبولها إنما هوعبارة عن امتثال تلك الأوامر والمسارعة الى الاتيان بها ، وليس في شيء منها لفظ وكلت وقبلت ولا نحوهما ، ولكنهم لعدم مراجعة الأخبار في هذه الأبواب والجرى على أبحاث العامة تلبس عليهم كثيرمن الاحكام .

وبالجملة فان كلامهم في هاتين المسئلتين لايخلو من تناقض واضطراب ، ولاسيماشيخناالعلامة ، فانه أطلق القول بالبطلان في المسئلتين في التحرير والارشاد ، وهوظاهر الشرايع أيضاً ، وجزم في القواعد بصحة التصرف هنا ، وجعله احتمالاً في مسئلة بطلان الوكالة بالتعليق على الشرط ، وعكس في التذكرة كما قدمنانقله عنه في تلك المسئلة ، فاستقرب بقاء الأذن الضمني وجعل بقائه هنا احتمالاً فصار في المسئلة ثلاثة أقوال .

وظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسئلة الاولى التوقف ، كما مر في عبارته وربما ظهر منه هنا الترجيح لما ذهب اليه في القواعد ، حيث قال هنا ويمكن بناء هذا الحكم على ماتقدم من أن بطلان الوكالة هل يقتضي بطلان الاذن العام أو لا ؟ وقد مر تحقيقه لاشتراكهما في بطلان الوكالة هناك ، لعدم التنجيز ، وهنا لعدم القبول ، الا أن الحكم هنا لايخلو عن رجحان على ذلك ، من حيث أن الاذن صحيح جامع للشرايط ، بخلاف السابق فانه معلّق ، وفي صحته ماقد

عرفت ، ومن ثم جزم في القواعد ببقاء صحته هنا وجعل الصحة هناك احتمالاً انتهى .

أقول : وأنت اذا تأملت فيما حققناه في المسئلتين بعين التحقيق ، وأطرحت ما ادعوه من هذه الاجماعات ورجعت الى الأخبار التي هي السبيل الواضح الى الاحكام الشرعية والطريق ، ظهر لك المخرج من هذا الاشكال ، والنجاة من هذا المضيق ، والله سبحانه العالم .

المقام الثاني في عزل الموكل له : وقد اختلف الأصحاب في انعزال الوكيل بعزل الموكل له ، فذهب جمع منهم الشيخ في النهاية وأبو الصلاح ، وابن البراج ، وابن حمزة ، وابن ادريس الى أنه لاينعزل الا باعلامه بالعزل مشافهة ، أو اخبار ثقة ، ومع عدم امكان الاعلام فيكفي الاشهاد على ذلك ، فالانعزال دائر بين الاعلام والاشهاد مع عدم امكانه ، وبدون ذلك لاينعزل والمشهور بين المتأخرين وهو قول الخلاف أنه لا ينعزل الا بالاعلام ، وقيل : انه ينعزل بمجرد العزل ، وان لم يعلمه ولم يشهد على ذلك ، وهو قول القواعد .

والذي وقفت عليه من الأخبار في المسئلة مارواه في الفقيه والتهذيب عن العلا بن سيابة (١) « قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن امرأة وكلت رجلا بأن يزوجها من رجل ، فقبل الوكالة وأشهدت له بذلك ، فذهب الوكيل فزوجها ، ثم أنها أنكرت ذلك الوكيل ، وزعمت أنها عزلته عن الوكالة ، فأقامت شاهدين أنها عزلته ، فقال : ما يقول من قبلكم في ذلك ؟ قلت: يقولون : ينظر في ذلك ، فان كانت عزلته قبل أن يزوج فالوكالة باطلة ، والتزويج باطل ، وان عزلته وقد زوجها فالتزويج ثابت على مازوج الوكيل وعلى ما اتفق معها من الوكالة اذا لم يتعد شيئاً مما أمرت به واشترطت عليه في الوكالة ، قال : ثم قال : يعزلون الوكيل عن وكالتها ولاتعلمه بالعزل ، فقلت : نعم : يزعمون أنها : لو وكلت

(١) الفقيه ج ٣ ص ٤٨ ح ٣ ، التهذيب ج ٦ ص ٢١٤ ح ٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٦ ح ٢ .

رجلا وأشهدت في الملاء وقالت في الملاء اشهدوا أني قد عزلته بطلت وكالته ، بلاأن تعلم العزل ، وينقضون جميع مافعل الوكيل في النكاح خاصة . وفي غيره لايبطلون الوكالة ، الاأن يعلم الوكيل بالعزل ، ويقولون : المال منه عوض لصاحبه والفرج ليس منه عوض اذا وقع منه ولد ، فقال عليه السلام سبحان الله ما أجور هذا الحكم وأفسده ، ان النكاح احرى واحرى أن يحتاط فيه ، وهو فرج ومنه يكون الولد ، ان علياً عليه السلام أتته امرأة مستعدية على أخيها ، فقالت : يا أمير المؤمنين وكلت أخي هذا بأن يزوجني رجلاً فأشهدت له ثم عزلته من ساعته تلك فذهب وزوجني ولي بينة أني قد عزلته قبل أن يزوجني ، فأقامت البيّنة ، وقال الأخ : ياأمير المومنين عليه السلام انها وكلتني ولم تعلمني أنها عزلتني عن الوكالة حتى زوجتها كما أمرتني به ، فقال لها ماتقولين : ؟ فقالت : قد أعلمته يا أمير المؤمنين فقال لها : ألك بينة بذلك ؟ فقالت : هؤلاء شهود يشهدون باني قد عزلته فقال أمير المؤمنين عليه السلام لهم ما تقولون ؟ قالوا : نشهد أنها قدقالت اشهدوا أني قد عزلت أخي فلاناً عن الوكالة بتزويجي فلاناً واني مالكة لامري من قبل أن يزوجني فلاناً فقال : أشهدتكم على ذلك بعلم منه ومحضر ، قالوا : لا ، قال فتشهدون أنها أعلمته العزل كما أعلمته الوكالة ؟ قالوا : لا ، قال : أرى الوكالة ثابتة ، والنكاح واقعا أين الزوج فجاء فقال خذبيدها بارك الله لك فيها ، فقالت : ياامير المؤمنين احلفه أني لم اعلمه العزل وأنه لم يعلم بعزلي اياه قبل النكاح قال : وتحلف ؟ قال : نعم ياامير المؤمنين فحلف وأثبت وكالته وأجاز النكاح .

ومارواه في الفقيه عن ابن أبي عمير عن هشام بن سالم (١) وطريقه الى ابن أبي عمير صحيح ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل وكل آخر على وكالة في أمر من الامور وأشهد له بذلك شاهدين ، فقام الوكيل فخرج لامضاء الأمر فقال : اشهدوا أني قدعزلت فلاناً عن الوكالة ، فقال : ان كان الوكيل أمضى الأمر الذي وكل

(١) الفقيه ج ٣ص ٤٩ ح ٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٦ ح ١ .

عليه قبل العزل عن الوكالة فان الأمر واقع ماض على ما أمضاه الوكيل، كره الموكل أم رضي، قلت: فان الوكيل أمضى الأمر قبل أن يعلم بالعزل أو يبلغه أنه قد عزل عن الوكالة فالأمر على ما أمضاه؟ قال: نعم، قلت: فان بلغه العزل قبل أن يمضي الأمر، ثم ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشيء؟ قال: نعم، ان الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه، أو يشافه بالعزل عن الوكالة» ورواه الشيخ في التهذيب بسند فيه العبيدي (١).

ومارواه في الفقيه عن ابن مسكان عن أبي هلال الرازي (٢) قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل وكل رجلاً بطلاق امرأته اذا حاضت، وطهرت، وخرج الرجل فبداله فأشهد أنه قد أبطل ما كان أمره به، وأنه بداله في ذلك، قال: فليعلم أهله وليعلم الوكيل.

وما رواه في الفقيه والتهذيب عن جابر بن يزيد ومعاوية بن وهب (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام قال: من وكل رجلا على امضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها» وطريقه في الفقيه الى معاوية بن وهب صحيح، فتكون الرواية فيه صحيحة.

وأنت خبير بما في هذه الأخبار من الدلالة الصريحة على القول المشهور بين المتأخرين، وقد اشتملت روايه العلا بن سيابة على مايؤذن ببطلان ما ذهب اليه في القواعد، لقوله عليه السلام في الرد على العامة يعزلون الوكيل عن الوكالة ولا تعلمه بالعزل الى آخره، وكذا بطلان قول النهاية ومن تبعه من الاكتفاء بمجرد الاشهاد مع عدم امكان الاعلام، كما يفهم من حكم أمير المؤمنين عليه السلام في قضية المرأة المذكورة ونحوها صحيحة هشام بن سالم (٤).

---

(١) التهذيب ج ٦ ص ٢١٣ ح ٢.

(٢) و (٣) الفقيه ج ٣ ص ٤٨ ح ٢ و ص ٤٧ ح ١، التهذيب ج ٦ ص ٢١٤ ح ٤ و ص ٢١٣ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٨ باب ٣ و ص ٢٨٥ باب ١.

(٤) الفقيه ج٣ ص٤٩ ح٥، التهذيب ج٦ص٢١٣ ح٢، الوسائل ج١٣ص٢٨٦ ح١

بقي هنا شيء وهو أن ظاهر عبارة الخلاف وجود الرواية بالانعزال بمجرد العزل ، كما ذهب اليه في القواعد ، حيث قال : اذا عزل الموكل وكيله من الوكالة في غيبة عن الوكيل ، لأصحابنا فيه روايتان أحديهما أنه ينعزل في الحال ، وان لم يعلم الوكيل وكل تصرف يتصرف فيه الوكيل بعد ذلك يكون باطلا ، وهو أحد قولى الشافعي ، والثانية أنه لاينعزل حتى يعلم الوكيل ذلك ، وكلما يتصرف فيه يكون واقعا موقعه الى آخره .

وأنت خبير بأن هذه الرواية لم تصل الينا ولم ينقلها أحد غيره وبذلك اعترف في المختلف أيضا حيث قال : ولم نظفر بالرواية الأخرى التي نقلها في الخلاف ، ثم انه قال في المختلف : والظاهر عدم عزل الوكيل الا أن يعلم العزل لهذه الروايات ، ولأنه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر ، لأنه قد يتصرف تصرفات تقع باطلة ، وربما باع الجارية فيطاؤها المشتري ، والطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويجب ضمانه بتصرف المشتري والوكيل .

ثم قال : والقول الآخر ليس بردى ، لأن الوكالة من العقود الجائزة ، فللموكل الفسخ وان لم يعلمه الوكيل ، والا كانت لازمة حينئذ هذا خلف ، ولأن العزل رفع عقد ، لايفتقر الى رضا صاحبه ، فلايفتقر الى علمه كالطلاق ، والعتق ، وقول النهاية لابأس به ، لأنه توسط بين الاقوال ، انتهى .

ونسج على منواله المحقق اردبيلى بالنسبة الى تعليل هذين القولين ، سيما قول القواعد ، وأطال المناقشة والطعن في أسانيد الاخبار حتى أنه في آخر البحث قال : والمسئلة من المشكلات ، لما علمت مما تقدم .

وأنت خبير بان كل ذلك اجتهاد في مقابلة النصوص ، وجرأة تامة على أهل الخصوص ، سيما في الروايات المذكورة ما هو صحيح السند باصطلاحهم مع صراحة الدلالة بما لايحوم حوله الشك ، والاشكال ، ولكنهم جرت عادتهم بالركون الى هذه التعليلات العقلية ، وترجيحها على الأدلة النقلية ، ويتفرع

على الخلاف، المذكور صحة تصرف الوكيل بعد العزل ، وقبل الاعلام بناء على القول المختار ، وعلى القولين الأخيرين من الانعزال بمجرد العزل أو بمجرد الاشهاد يبطل جميع ما فعله بعد الأمرين المذكورين ، وهو الظاهر ، والله سبحانه العالم .

الخامسة : قد صرح الأصحاب بأن الوكالة تبطل بأمور : منها ما تقدم من عزل الوكيل نفسه على ما قالوه ، وعزل الموكل كما عرفت ، ومنها التعليق بالشرط أو الصفة ، وقد عرفت الكلام فيه ، الا أن في عد هذا الفرد نوع تسامح .

ومنها موت كل من الوكيل أو الموكل ، أما موت الوكيل فظاهر ، وأما موت الموكل فلأن ما وكل فيه ينتقل الى غيره ، فلا يجوز التصرف فيه إلا باذن من انتقل اليه ، ولأن العقد كان جائزا منوطاً باذنه ، ورضاءهما غير متحققين بعد الموت .

وبالجملة فانه لا خلاف ولا اشكال في البطلان في الصورة المذكورة وقد صرحوا بأنه لو مات الموكل فان تصرف الوكيل بعد الموت باطل ، وان لم يعلم الموت ، لأن ذلك هو الأصل وإنما خرجت مسألة العزل بالنص .

وعندي فيه توقف ، لعدم ايرادهم نصاً على ما ادعوه من البطلان ، سيما مع ما عرفت من خروج النصوص بعدم انعزال الوكيل قبل بلوغ العزل له الجاري ذلك على خلاف قواعدهم ، حتى اضطربوا في التفصي عنها ، فمنهم من قال بها ، وألغى تلك القواعد ، ومنهم من ألغاها وقدم تلك القواعد ، فمن المحتمل قريباً أن يكون الحكم هنا كذلك أيضاً ، وما ادعوه من الأصل هنا لا أعرف له أصلاً ، وكأنهم أرادوا بالأصل أصل العدم .

وفيه أن الأصل بمعنى الاستصحاب لثبوت الوكالة حتى يقوم الدليل على الابطال في الصورة المذكورة قائم ومرجع هذا الاستصحاب الى عموم الدليل ، حتى يثبت الرافع له ، ويعضده الأمر بالوفاء بالعقود ، وبالجملة فالحكم لعدم النص لا يخلو عن اشكال .

نعم يمكن أن يستدل لما ذكروه بما رواه في الكافي عن ابن بكير (١) في الموثق عن بعض أصحابنا عن أبى عبدالله عليه السلام في رجل أرسل يخطب عليه امرأة وهو غائب ، فانكحوا الغائب وفرضوا الصداق ، ثم جاء خبره بعد أنه توفي بعد ما سيق الصداق ، فقال : ان كان أملك بعد ما توفي فليس لها صداق ، ولا ميراث ، وان كان أملك قبل أن يتوفي فلها نصف الصداق ، وهي وارثة ، وعليها العدة » .

فانها ظاهرة في أنه وكل في حال الغيبة من يخطب له ويعقد عنه ويسوق المهر ثم مات ، وقد حكم عليه السلام بصحة العقد متى وقع قبل الموت ، وبطلانه متى كان بعده ، وحينئذ فيتم ما ذكروه من الحكم المذكور ، وان لم يتنبه أحد منهم لهذا الخبر الذي ذكرناه ، بل إنما بنوا الحكم على قواعدهم المتداولة بينهم ثم انهم نبهوا على أنه وان بطلت الوكالة في الصورة المذكورة ، لكن ما بيده يكون أمانة لأن الأمانة لاتبطل بالموت كما تبطل الوكالة الا أنه يجب المسارعة وردها على الوارث فان أخر لالعذر ضمن ، كما تقدم في الوديعة ، ولو تلف بغير تفريط فلاضمان .

ومنها الجنون والاغماء من كل منهما والظاهر أن المستند فيه هو الاجماع كما في المسالك ، فقال : هذا موضع وفاق ، ولأنه من أحكام العقود الجائزة ، وكان مبناه على الخروج عن أهلية التصرف وقد صرحوا أيضاً بأنه لافرق بين أن يكون مطبقاً أو أدواراً ولافي الاغماء بين طوله وقصره ، ولا فرق بين أن يعلم الموكل بعروض المبطل وعدمه .

ثم انهم صرحوا أيضاً بأنه يجيء في هذه المسئلة ما تقدم في مسئلتي بطلان الوكالة بالرد وبالتعليق ، من جواز التصرف وعدمه ، فانه بعد زوال الجنون أو الاغماء الذين بهما بطلت الوكالة ، هل يجوز لهما التصرف بالاذن العام فكل من قال بالجواز ثمة ، فان الحال فيه هنا كذلك .

وقد عرفت مما حققناه في تلك المسئلتين ، أن الحق هو جواز التصرف بل

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٥ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٢٣٠ ح ٢ .

عدم بطلان الوكالة بشيء من ذينك الأمرين وان ادعوا الاجماع عليه فكذلك هنا لأنا لم نقف لهم على دليل يدل على ابطالها بما ذكروه ، سوى ما ادعي من الاجماع وحينئذ فيجوز التصرف فيما وكل فيه ، ولا يحتاج إلى تجديد عقد من الموكل بعد زوال ذلك عنه لو كان هو المصاب بأحد الأمرين ، بل يكفي استصحاب حكم العقد السابق ، أما عندنا فلعدم ثبوت الابطال بذلك كما عرفت ، و أما عندهم فلاستصحاب الاذن العام ، لانه وان بطل عقد الوكالة الا أن الاذن باق .

ويؤيد جواز التصرف هنا وان امتنع بوجود أحد هذين الأمرين جملة من النظاير ، كما صرحوا به من دخول الصيد الغائب في ملك المحرم ، بعد زوال الاحرام ، وأن من وكل محلا فصار محرما لم يحتج الى تجديد الوكالة بعد تحلله عن الاحرام ، ونحو ذلك مما يقف عليه المتتبع ، وفي جميع ذلك تأييد لما ذكرناه من عدم بطلان الوكالة هنا .

ومنها الحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف فيه ، فانه اذا منع ذلك الموكل منع وكيله بطريق أولى ، ولان الحجر موجب لزوال أهلية التصرف المالي ، قالوا : وفي حكم الحجر طرو الرق على الموكل بأن كان كافراً فاسترق ، ولو كان هو الوكيل صار بمنزلة توكيل عبد الغير ، وسيأتي الكلام فيه انشاء الله تعالى ، ويأتي الكلام في التصرف بعد زوال الحجر كما تقدم .

ولا تبطل بالنوم وان طال لبقاء أهلية التصرف ، ومن ثم أنه لا تثبت الولاية عليه ، وقيد في اللمعة النوم المتطاول بأن لا يؤدي الى الاغماء ، وفيه كما أشار اليه الشارح خروج عن موضع فرض المسئلة ، لان الابطال انما هو بالاغماء ، لا بالنوم .

ومنها تلف ما تعلقت به الوكالة كتلف العبد الموكل ببيعه وموت المرأة الموكل بتزويجها أو طلاقها ، وتلف الدينار الموكل بأن يشرى به شيئا ، قالوا : وفي حكم التلف انتقاله عن ملكه كما لو أعتق العبد الموكل في بيعه ، أو باع

العبد الموكل في عتقه .

ومنها ما لو فعل الموكل ما تعلقت به الوكالة كأن يوكله في بيع عبد ثم يبيعه هو ، وثبوت البطلان ظاهر ، اذلاشك في ثبوت ذلك له قبل الوكالة ، والوكالة غيرمانعة منه ، ولامنافية له ، سيما مع ثبوت كونها جائزة ، ومعلوم أنه بعد فعله لم يبق ما وكل فيه ، فلاتبقى الوكالة ، لعدم بقاء محلّها فهوبمنزلة تلف ما وكل فيه ، كما في سابق هذا الموضع .

وبالجملة فالأمر في ذلك أظهرمن أن يحتاج إلى مزيد بيان ، وفي حكمه فعل الموكل ماينافي الوكالة ، قال في المسالك وفي كون وطيء الزوجة الموكل في طلاقها والسرية الموكل في بيعها منافياً وجهان : من دلالة الوطيء على الرغبة ظاهراً و لهذا دلّ فعله على الرجوع في المطلقة رجعية فرفعه للوكالة أولى ، ومن ثبوت الوكالة ومنافاة الوطيء لها غير معلوم ، وثبوت الفرق بين الطلاق والوكالة ، فان الطلاق يقتضي قطع علاقة النكاح فينافيه الوطيء ، بخلاف التوكيل فانه لاينافيه انتفاع الموكل بالملك الذى من جملته الوطيء بوجه نعم فعل مقتضى الوكالة ينافيه ، والأولوية ممنوعة ، وهذا أقوى وأولى بعدم البطلان فعل المقدمات .

وفي القواعد فرق بين الزوجة والسرية فقطع في الزوجة بالبطلان ، وفي السرية بخلافه ، وفي التذكرة توقف في حكم الوطيء والمقدمات معاً انتهى ، ونحوه كلام المحقق الثاني في شرح القواعد .

والتحقيق أن يقال : ان الوطي والمقدمات التي هي عبارة عن التقبيل والمباشرة دون الفرج ونحوذلك الدال بظاهره على الرغبة ان وقع مقروناً بالندامة على التوكيل وقصد العزل ، فانه لااشكال في كونه عزلاً ، وأنه تبطل الوكالة بذلك ، وان وقع مقروناً بعدم ذلك ، فالظاهر بقاء الوكالة وعدم العزل ، وان وقع مشتبهاً فانه ينبغي استفسار ذلك من الموكل ، ويقبل قوله في ذلك ، وان لم يمكن مراجعته

واستعلام الحال منه فان الأقرب عدم العزل وبقاء الوكالة ، لان مافعله من هذه الاشياء أعم من قصد الامساك والعزل عن الوكالة والرغبة فيها ، ومن عدم ذلك ، فالأصل ثبوت الوكالة وبقائها حتى يعلم الرافع لها .

ويشير اليه ما تقدم في الأخبار المتقدمة من قوله عليه السلام في بعضها « الوكالة ثابتة ابداً حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها » وفي آخر « الوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه ، أو يشافه العزل » الدال بجميع ذلك على أنه بعد ثبوت الوكالة ، فانه يجب البقاء عليها الامع العلم بالرافع لها ، ولهذا لو كان المبلغ للعزل غير ثقة لايترتب على خبره العلم لم يوجب العزل ، فكذا هنا بمجرد وقوع هذه الاشياء على وجه لايعلم به ارادة العزل لاتوجب عزلا ، ويمكن ارجاع كلام الفاضلين المذكورين الى ماحققناه هنا ، فان ظاهر اعتراضهما على الوجه الاول ــ بأن منافاة الوطيء لها غير معلوم ــ أنه لو كانت المنافاة معلومة لكان ذلك عزلاً ، وحينئذ فاذا كان مقروناً بالمنافي من قصد الامساك وقصد العزل عن الوكالة فلاريب في كونه عزلا عندهما ، وأما مانقله عن التذكرة من أنه توقف في حكم الوطيء والمقدمات فالذي يظهر لي أن التوقف انما هو في المقدمات .

وأما حكم الوطيء فالظاهر أنه الأقرب عنده ، وان عبر عنه بلفظ الاحتمال حيث قال في عد عبارات العزل والفسخ فاذا وكله في طلاق زوجته ثم وطئها احتمل بطلان الوكالة ، لدلالة وطئه لها على رغبته واختياره امساكها ، وكذا لو وطئها بعد طلاقها رجعيا ،كان ذلك ارتجاعاً لها ، فاذا اقتضى الوطيء رجعتها بعد طلاقها ، فلأن يقتضي استبقاؤها على زوجيتها ومنع طلاقها أولى ، وان باشرها دون الفرج أوقبلها أوفعل مايحرم على غير الزوج فهل يفسخ الوكالة في الطلاق ؟ اشكال ، ينشأ من حصول الرجعة به ، وعدمه انتهى .

والتقريب فيما ذكرناه أنه ذكر الدليل على بطلان الوكالة بالوطيء ولم يتعرض لرده ، بل جمد عليه بل جعله أولى من الرجعة ، فكيف ينسب له التوقف

مع الحكم بذلك عنده في الرجعة ، وعدم التوقف فيها وهو قد حكم بالأ ولوية من الرجعة .

نعم التوقف في المقدمات ظاهر حيث صرح بالأشكال في ذلك ، وجعل الاشكال في الابطال بها تابعاً للاشكال بحصول الرجعة بذلك ، والله سبحانه العالم .

السادسة : قالوا : اطلاق الوكالة يقتضي الابتياع بثمن المثل بنقد البلد حالاً ، وان يبتاع الصحيح دون المعيب ، ولو خالف وقف على الاجازة .

أقول : الظاهر أن الوجه في اقتضاء الاطلاق هذه الامور هو أن المتبادر من الاطلاق ذلك بحسب العرف والعادة ، لأن المرجع في مثل ذلك اليه كما صرحوا به في غير موضع ، وادعى في التذكرة الاجماع هنا على ذلك ، الا أنه في التذكرة قيد اطلاق الوكالة في البيع بثمن المثل ، بما إذا لم يكن هناك باذل بأزيد ، وإلا فلايجوز ، بل لايصح البيع حينئذ ، فانه تجب رعاية المصلحة على الوكيل وصحة فعله موقوفة عليها ، قال في الكتاب المذكور : كما لايجوز للوكيل أن ينقص عن ثمن المثل ، لايجوز أن يقتصر عليه ، وهناك طالب بالزيادة ، بل يجب بيعه على باذل الزيادة ، لأنه منصوب لمصلحة الموكل ، وليس من مصلحته بيعه بالأقل مع وجود الاكثر ، انتهى ، وصرح أيضاً بأنه لو باع بخيار ثم وجد باذلاً يزيد في الثمن في زمن الخيار وجب عليه الفسخ ، تحصيلاً لمصلحة المالك في ذلك والتزام البيع مناف لها فلا يملكه .

وزاد المحقق الأردبيلي أيضاً أنه يمكن ذلك فيما لو عين الموكل الثمن أيضاً ، قال : فان تعيينه إنما هو لظن عدم الزيادة عليه ، وهو المفهوم عرفاً إذ المتعارف والغالب أن شخصاً لم يبع بأنقص مع وجود الزايد ، والامور محمولة على الغالب والعرف ، مع أن ذلك أيضاً منوط بالمصلحة ، ولامصلحة في البيع بالناقص مع وجود الزايد ، انتهى وهو غير بعيد ، واستثنى بعضهم أيضاً من ثمن المثل النقصان اليسير الذي يتسامح الناس فيه ، ولاينا قشون فيه كدرهم أودرهمين في ألف درهم ،

ولا بأس به نظراً الى ما قدمنا ذكره من دوران هذه الأحكام مدار العرف والعادة .

وأما نقد البلد فان كان واحداً في تلك البلد ، لا تعدد فيه فمعلوم انصراف الاطلاق اليه في البيع والوكالة ، ومع التعدد فانه ينصرف الى الغالب ، فان استوت تحرى ما هو الأنفع للموكل ، وإلا تخير .

وأما كونه حالاً فانه هو الغالب في العادة ، فيجب حمل الاطلاق عليه .

واما اقتضاء الاطلاق الصحيح دون المعيب : فادعى عليه في التذكرة الاجماع ، قال : لأن الاطلاق في الشراء يقتضي سلامة المبيع ، حتى أن للمشتري الرد لو خرج معيباً ، ثم نقل عن أبي حنيفة جواز شراء المعيب ، وانه كالمضارب ثم رده بالفرق بين المضارب والوكيل ، وأن المضارب إنما يشترى للربح ، وقد يكون في المعيب ، بخلاف الوكيل فانه قد يكون للغنية والانتفاع ، والعيب قد يمنع بعض المقصود ، وإنما يقتضى ويدخر السليم ، الى آخر كلامه رحمة الله عليه .

ثم أنه لو خالف الوكيل وشرى المعيب ، فان كان عالماً كان فضوليا على القول بصحة الفضولي ، وباطلاً على القول الآخر ، وهو المختار كما تقدم في البيع ، ومثله يأتى فيما لو اشترى بزيادة على ثمن المثل عالماً ، فانه للمخالفة يكون موقوفاً أو باطلاً ، وكذا الحكم عندهم فيما لو اشتراه جاهلاً بالعيب .

وإن كان باطناً قالوا : يقع عن الموكل ، لأنه إنما يلزمه الشراء الصحيح بحسب الظاهر ، ولا يخاطب بالسلامة في الباطن ، لأنه يعجز عنه ، ولا يمكنه الوصول اليه إذ هو عيب لا يجوز التكليف به ، فيقع البيع للموكل ، كما لو شرى بنفسه جاهلاً بالعيب .

بقي الكلام في خيار العيب بعد العلم به ، والرد به أو الامساك ، والظاهر أنه للموكل دون الوكيل وبه صرح في التذكرة ، وظاهره الاجماع عليه ، قال: وحيث قلنا يقع عن الموكل وكان الوكيل جاهلاً بالعيب فللموكل الرد إذا اطلع عليه ، لأنه المالك ، وهل يملك الوكيل الرد بالعيب ، أما عندنا فلا ، لأنه

إنما وكله في الشراء ، وهو مغاير للرد ، فلا يملكه ، انتهى .

ومنه يظهر أنه لو كانت الوكالة مطلقة أو كان وكيلاً في الشراء والرد ، فان للوكيل الرد ، وهو ظاهر ، الا أنه سيأتي في كلامهم أيضاً مايؤذن بأن للوكيل الرد بالعيب .

ثم ان ظاهرهم فيما لو اشترى جاهلاً بالغبن ، بأن شرى بما يزيد على ثمن المثل جاهلاً ، فانه لايقع للموكل ، كما في العيب ، بل يكون حكمه حكم العالم، كما تقدم ، قالوا : والفرق بين الجهل بالعيب ، والجهل بالغبن أن العيب قد يخفى فهو في شرائه معذور ، والوكالة شاملة له ، لأن التكليف بالصحيح إنما هو بالنظر الى الظاهر ، لا الباطن كما عرفت آنفا .

وبالجملة فهو لايزيد على شرائه لنفسه ، بخلاف الجهل بالغبن فان الغبن لايخفى ، ونقص القيمة أمر ظاهر ، مستند الى تقصيره في تحرير القيمه ، فلايكون داخلا تحت الوكالة .

وفيه أن ما ذكروه لايطرد كليا لأنه وان تم ذلك في بعض الأفراد الا أن الأمر في بعضها على خلاف ذلك ، فان من العيب مايكون ظاهراً لاخفاء فيه كالعور والعرج ، ومن الغبن ماهو خفي بل أخفى على كثير من أهل الخبرة ، كما في كثير من العيوب ، كما في الجواهر ونحوها ، وعلى هذا فينبغي أن يجعل الضابط فيهما واحداً بأن يقال ان كلاً من العيب والغبن ان كان مما يخفى غالباً ، فأنه يقع الشراء من الموكل مع الجهل بهما ، وإلا وقف على الاجازة ، كما ذكروه ، وبطل على المختار ، والله سبحانه العالم .

السابعة : الظاهر أنه لاخلاف في أن اطلاق الوكالة بالبيع يقتضي بيع الوكيل على ولده الكبير وزوجته ، كما في غيرهما ، ولم ينقل فيه الخلاف الاعن بعض العامة ، محتجا بمظنة التهمة ، وأما على الولد الصغير فعن الشيخ القول بالمنع : للزوم اتحاد الموجب والقابل ، ولأنه تجب عليه رعاية المصلحة من

الجانبين والمماكسته مهما أمكن ، وذلك غير ممكن هنا .

أقول : ويلزم ذلك كل من قال بعدم جواز شراء الوكيل بنفسه ، قال في التذكرة : إذا منعنا من شراء الوكيل لنفسه لم يجز أيضاً أن يشتري لولده الصغير ، ولا لمن يلي عليه لوصيّة ، لأنه يكون بيعاً من نفسه ، وبه قال الشافعي ، وعندي فيه نظر ، أقربه الجواز في ذلك كله ، انتهى .

أقول : ويؤيد الصحة أيضاً عموم أدلة البيع وأدلة الوكالة ، والمنع من بطلان الاتحاد ، وقد جوز الشيخ ذلك في الأب والجد بالنسبة إلى الصغير ، وهو ظاهر في عدم مانعية الاتحاد ، وفي عدم اشتراط المماكسة .

وأما البيع على نفسه أو الشراء لنفسه ، فقد تقدم الكلام فيه في الموضع الخامس من المسئلة الخامسة من المقام الأول في البيع (١) ويأتي الكلام في ذلك انشاء الله تعالى في المطلب السادس ، والله سبحانه العالم .

الثامنة : قال في الشرايع : اطلاق الوكالة في البيع يقتضي تسليم المبيع ، لأنه من واجباته ، وعلله الشارح في المسالك بأنه إنما كان من واجباته ، لأن البيع يقتضي ازالة ملك البايع عن المبيع ، ودخوله في ملك المشتري ، فيجب على مدخل الملك التسليم ، لأنه من حقوقه .

وقال في الارشاد : ووكيل البيع لا يملك تسليم المبيع قبل توفية الثمن ، ووجهه الشارح الاردبيلي بأن تسليم المبيع ليس بداخل في مفهوم البيع ، ولا يشترط في ذلك ، فلا يكون وكيله مالكاً له ، إذ ما وكله إلا في البيع ، وأما إذا دفع الثمن إلى الموكل أو وكيله الجائز له قبضه ، أو أبرأه من الثمن فلا يجوز منعه ، لأنه صار ملكاً خالصاً للمشتري ، بحيث لا يجوز للموكل منعه ، فيجب عليه التسليم كالوكيل ، وان لم يكن وكيلاً في التسليم صريحا ، انتهى .

وظاهر عبارة القواعد مثل الشرايع ، والظاهر أنه يجب تقييدهما بما ذكره

(١) ج ١٨ ص ٤١٦ .

هنا من دفع الثمن أولاً ، بناء على قاعدتهم من عدم الوجوب الا بالتقابض ، وكذا تقييد عبارة المسالك المذكورة ، فانه وان دخل في ملك المشتري بمجرد عقد البيع كما ذكره ، الا أن ملكه له لايستلزم وجوب تسليمه له قبل قبض الثمن منه ، حيثما صرحوا به فيما لو باع مال نفسه ، كما تقدم في البيع ، ولهذا انه في المسالك استدرك ذلك ، فقال في تتمة العبارة المتقدمة : لكن لايسلمه حتى يقبض الثمن هو ، أو من يكون له قبضه .

قال في التذكرة : إذا وكله في البيع يملك تسليم المبيع الى المشترى ان كان في يده ، وهو قول أكثر الشافعية ، لأن البيع يقتضى ازالة الملك ، فيجب التسليم ، ولأن تسليم المبيع الى المشترى من تمامه وحقوقه ، وهذا عين ماعلّله في المسالك ، ثم قال في المسئلة التى بعدها : إذا وكله في البيع لم يملك قبض الثمن على ماتقدم ، ويملك تسليم العين الى المشترى ، لكن لايسلّم قبل أن يقبض الموكل أو من نصبه الثمن ، فان سلّمه قبل قبضه كان ضامناً ، وقد قيّد في هذه المسئلة ما أطلقه في المسئلة التى قبلها .

وبالجملة فان رعاية قواعدهم في المسئلة توجب ذلك ، ولهذا انه في المسالك استدرك بالتقييد بذلك ، هذا بالنسبة الى تسليم المبيع .

وأما قبضه الثمن فقد صرحوا بأن اطلاق الوكالة في البيع لايقتضى قبض الثمن ، لأنه قد لايؤمن على القبض والوكالة انما وقعت في البيع ، وقبض الثمن أمر زايد على ذلك ، إلا أن يكون هناك قرينة تدل عليه ، فيكون الاعتماد في ذلك عليها ، كما لو أمره بالبيع في سوق بعيدة أو بلد آخر بحيث أنه يضيع الثمن بترك قبضه ، ولا يمكن للموكل قبضه ، ففي مثل ذلك يجوز ، بل يجب قبضه حتى أنه لو تركه ولم يقبضه كان ضامنا ، لأن الظاهر من حال الموكل أنه انما أمره بالبيع للانتفاع بالثمن ، ولا يرضى بتضييعه ، ولهذا يعد من فعل ذلك مفرّطاً هذا في الوكيل في البيع .

وأما الوكيل في الشراء فانهم قد صرحوا بأن اطلاق الوكالة في الشراء يقتضي الاذن في تسليم الثمن ، ولا يقتضي الاذن في تسلّم المبيع ، قال في التذكرة : الوكيل بالشراء إذا اشترى ما وكل فيه ملك تسليم ثمنه ، لأنه من تتمته وحقوقه ، فهو كتسليم المبيع في الحكم ، و الحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في البيع ، الوجه عندنا أنه لا يملكه ، كما قلناه في البيع لا يملك الوكيل فيه قبض الثمن ، انتهى ، وعلى هذا النهج كلام الشرايع والارشاد وغيرهما .

أقول : وينبغي تقييد اطلاقهم هنا عدم ملكه تسلّم المبيع ، لعدم دخوله تحت اطلاق الوكالة بما قيّد به عدم قبض الثمن في صورة الوكالة في البيع ، من أنه لو دلّت القرائن على فوات المبيع وذهابه لو لم يتسلّمه لكان الواجب عليه قبضه ، فضلاً عن أن يكون جايزاً لعين ما ذكروه ثمة ، كما لو وكله في شراء عين من مكان بعيد يتعذر على الموكل قبضها ، بحيث لو لم يقبضها ذهبت وفاتت ، فانه يجب عليه قبضها ، وأنه يضمن بترك ذلك لعين ما تقدم ،

وينبغي أيضا تقييد اطلاقهم ملك تسليم الثمن هنا بما تقدم في الوكالة في البيع من تقييد ملكه لتسليم المبيع ، بما اذا قبض الموكل أومن يقوم مقامه الثمن لعين ما تقدم من الدليل في تلك الصورة ، ولعلّه الى ذلك يشير قوله في التذكرة : فهو كتسليم المبيع ، فان قياسه على تسليم المبيع وجعله مثله وعلى نهجه مع أنه كما عرفت قد صرح ثمة بأنه لا يسلم المبيع حتى يقبض الموكل أومن نصبه الثمن ، بمقتضى ما قلناه هنا من أنه لا يسلّم الثمن إلا بعد قبض المبيع ، فمعنى قولهم أنه مأذون في دفع الثمن يعني بعد تسليم المبيع .

وبالجملة فالظاهر عدم الفرق بين الوكيل البايع والوكيل المشتري ، في أنه ليس لهما دفع ما بيدها واقباضه إلا بعد وصول عوضه الى الموكل أو من نصبه لقبضه ، حيثما تقدم في كلامهم في البيع في غير موضع من اشتراط التقابض ونحوه والله سبحانه العالم .

التاسعة : قدصرح جمع من الأصحاب منهم الفاضلان فيالشرايعوالارشاد بأن للوكيل الرد بالعيب مع حضور الموكل وغيبته ، وعلله في الشرايع قال : لأنه من مصلحة العقد .

أقول : قد تقدم في عبارة التذكرة في المسئلة السادسة مايؤذن بدعوى الاجماع على أن الوكيل لايملك الرد بالعيب ، لأنه انما وكله في الشراء وهو مغاير للرد فلايملكه ، وعلل فيالمسالك كلام المصنف هنا بأن الموكل قدأقامه مقام نفسه في هذا العقد ، والرد بالعيب من لوازمه لأن التوكيل لما لم ينزل إلاعلى شراء الصحيح ، فاذاظهر العيب كان له الرد وشراء الصحيح ، ثم اعترضه فقال : ويشكل الأول بأنه انما أقامه مقام نفسه في العقد ، لافي اللوازم ، إذمن جملتها القبض ، والاقالة وغيرهما ، وليس له مباشرتهما اجماعاً ، والثاني بأن مقتضاه وقوف العقد علىالاجازة كما مر لاثبوت الرد ، الىأن قال : والأجود عدم جواز الرد مطلقا ، وفاقاً للتذكرة ، لأن الوكالة في الشراء انما اقتضت ادخال المبيع في ملكه ، والرد يقابله ويضاده ، فلايدخل فيها ، انتهى وهوجيد .

وكيف كان فانه متى رضي به الموكل أو منعه عن الرد فانه ليسله الرد ، أما علىما اخترناه فانك قدعرفت أن الوكيلليس له الرد ، وانما الخيار للموكل بين الرد والامساك .

وأما علىماذكروه هنا منأنللوكيلالرد فلأنه بمنعه عنالرد قد انعزل عن الوكالة في ذلك ، كما ذكره في المسالك بناء علىذلك ، حيث قال ـ بعدقول المصنف ولومنعه الموكل لم تكن له مخالفته ـ مالفظه : لاشبهة في بطلان رده بالنهي المذكور ، لأنه ابطال للوكالة فيما تضمنه ، وعزل له فيه ، واذا جاز عزله عن الوكالة فمن بعض مقتضياتها أولى وفيحكمه اظهار الرضا بالعيب ، فانه فيمعنى النهي عن الرد وأراد بذلك الفرق بين الوكيل ، وعامل المضاربة ، حيث انه قد سلف أن ليس للمالك منعه من الرد بالعيب ، وان رضى به مع كون العامل في معنىالوكيل ، والفارق انحصار الحقهنا في الموكل ، واشتراكهمافيالعامل .

المطلب الثاني فيما تصح النيابة فيه وما لا تصح :

قال في التذكرة : البحث الرابع فيما فيه التوكيل والنظر في شرائطه ، وهي ثلاثة : الأول : أن يكون مملوكاً للموكل ، الثاني : أن يكون قابلاً للنيابة ، الثالث : أن يكون مابه التوكيل معلوماً ولو اجمالاً ، انتهى .

والكلام فيهذا المطلب يقع في موارد : الأول : قال في التذكرة : يشترط فيما يتعلق الوكالة به أن يكون مملوكاً للموكل ، فلو وكل غيره بطلاق زوجة سينكحها أو بشراء عبد سيملكه ، أو اعتاق رقبة يشتريه ، أو قضاء دين يستدينه ، أو تزويج امرأة اذا انقضت عدتها أو طلقها زوجها ، وما أشبه ذلك ، لم يصح ، لأن الموكل لايتمكن من فعل ذلك بنفسه ، فلا تنتظم فيه اقامة غيره ، وهو أصح وجهي الشافعية .

الثاني : انه صحيح ، ويكتفى بحصول الملك عند التصرف ، وأنه المقصود من التوكيل ، وقال بعض الشافعية : الخلاف عائد الى أن الاعتبار بحال التوكيل أم حال التصرف ، انتهى .

أقول : ينبغي أن يعلم أن المراد بكون متعلق الوكالة مملوكاً للموكل بمعنى كونه مما يمكن الموكل التصرف فيه ، ومباشرته بنفسه عقلاً وشرعاً ، ومثل هذه الأمور المعدودة لما لم يمكنه مباشرتها بشيء من الوجهين المذكورين انتفت الوكالة فيها ، وأولى منها الامور المستحيلة عقلاً أو شرعاً ، فلا يجوز التوكيل في الغصب والسرقة والقتل ونحوه ، وأحكامها انما تلزم المباشر لها ، وهل يعتبر الامكان المذكور من حين التوكيل الى حين التصرف ، ظاهر جمع منهم ذلك على مانقله في الكفاية ، وهو ظاهر عبارة التذكرة المتقدمة .

وقال المحقق الثاني في شرح القواعد على مانقله بعض الافاضل فمن شرط صحة الوكالة أن يكون التصرف مملوكاً للموكل في وقت صدور عقد التوكيل والظاهر أن ذلك متفق عليه عندنا ، وللشافعية خلاف في ذلك .

أقول : ومنه يعلم أن الاكتفاء بحصول الملك وقت التصرف مختص بالعامة كما تقدم نقله عن بعض الشافعية ، وقد تلخص من ذلك أنه متى كان شرط الوكالة ذلك امتنع التوكيل في هذه الافراد المعدودة ، الا أنه قد أورد المحقق الأردبيلي هنا عليهم اشكالاً ، وهو انهم قد حكموا بجواز التوكيل للطلاق في طهر المواقعة وفي حال الحيض ، وانهم يجوزون التوكيل في تزويج امرأة وطلاقها قبل التزويج وكذا في شراء عبد وعتقه من غير نزاع ، ثم نقل عن التذكرة التصريح بذلك ، ثم قال : وأيضاً يجوزون الطلقات الثلاث مع رجعتين بينهما ، ومعلوم جواز عقد القراض ، وهو مستلزم للبيوع المتعددة الواردة على المال مرة بعد أخرى ، وليس بموجود حال العقد .

وبالجملة لاشك في جواز التوكيل في أمر لا يكون بالفعل للموكل فعله بل بعد فعل آخر كما مثلناه ، وجميع ذلك مع قولهم بهذا الشرط مشكل ، الى أن قال : فهذا الشرط غير متحقق اعتباره لي ، سواء قلنا وقت التوكيل فقط ، أو يستمر الى وقت الفعل انتهى .

أقول : من المحتمل قريباً حصول الفرق بين ماقدمنا ذكره عن التذكرة من الأمثلة التي يمتنع التوكيل فيها لعدم الشرط المذكور ، وبين ما ذكره من الأمثلة بأن يقال : بالفرق بين ما وقع فيه التوكيل مستقلا كالأمثلة التي منعوا عن الصحة فيها ، وبين ما وقع التوكيل فيه تبعاً لما يجوز التوكيل فيه اتفاقاً كالأمثلة التي أوردها ، فيبطل في الأول ، ويصح في الثاني ، و يشير الى ذلك ، جمعه في التذكرة بين الكلام الذي اعترض به عليه ، وبين ما قدمنا نقله عنه في صدر المسئلة في موضع واحد ، فانه قال : على أثر ما قدمناه في صدر المسئلة ماصورته : ولو وكله في شراء عبد وعتقه أو في تزويج امرأة وطلاقها ، أو في استدانة دين وقضاءه صح ذلك كله ، لأن ذلك مملوك للموكل ، انتهى .

وحينئذ فلو لم يكن الفرق حاصلا بما ذكرنا بل كان الجميع من باب

واحد كما ذكره ، لحصل التدافع بين كلاميه ، فكيف يصرح في محل واحد في بعض الأمثلة بأنه لايصح التوكيل ، لأنه لايملك التصرف ، ويقول في نظيره أنه يصح ، لأن ذلك مملوك للموكل .

وبالجملة فان الفرق بين وقوع الشيء أصالة وتبعا غير عزيز فى الاحكام ، وقد تقدم فى الضمائم الى مالايصح بيعه منفرداً ماهو ظاهر في ذلك ، ومنه أيضاً عدم جواز الوقف على من لـم يوجد أصالة ، وصحة الوقف عليه تبعاً فلو وقف على من سيولد له بطل اتفاقاً ، وعلى من ولدومن سيولد صح اتفاقا .

نعم يبقى الكلام في الدليل الدال على هذا الشرط ، ولا أعلم لهم دليلاً زيادة على ما يفهم من الاتفاق الذى ادعاه المحقق الشيخ علي ، وفيه ما عرفت في غـير مقام مما تقدم فالمسئلة غير خالية من الاشكال ، كما في غيرها من مسائلهم الجارية على هذا المنوال .

الثاني : قد عرفت أن من الشروط قبول الفعل الموكل فيه للنيابة ، والاصحاب قد جعلوا لذلك ضابطاً ، فقالوا : ان كلّما تعلّق قصد الشارع بايقاعه من المكلف مباشرة فانه لايقبل التوكيل ، ولاتصح فيه النيابة ، فكلما جعل ذريعة الى غرض لايختص بالمباشرة تصح النيابة فيه .

قال في التذكرة ، الضابط فيما تصح فيه النيابة وما لايصح أن نقول : كلما يتعلّق غرض الشارع بايقائه من المكلّف مباشرة لم تصح فيه الوكالة ، وأما مالا يتعلّق غرض الشارع بحصوله من مكلّف معـين ، بل غرضه حصوله مطلقا ، فانه تصح فيه الوكالة وذلك لان التوكيل تفويض وانابة ، فـلا يصح فيما لا تدخله النيابة ، انتهى .

وعدوا من الأول الطهارة ، وان جازت النيابة في غسل الأعضاء عند الضرورة ، الا أن ذلك ليس وكالة ، والصلوة الواجبة مادام حياً ، وكذا الصوم والاعتكاف والحج الواجب مع القدرة ، والايمان والنذور والغصب والقسم بين الزوجات لانه

يتضمن استمتاعاً ، والظهار واللعان وقضاء العدة والجنابة ، والالتقاط والاحتطاب والاحتشاش ، واقامة الشهادة إلا على وجه الشهادة على الشهادة .

وعدوا من الثاني البيع ، وقبض الثمن ، والرهن والصلح ، والحوالة والضمان والشركة والعارية ، واختلفوا في جملة من الأفراد كما سيأتي التنبيه عليها انشاء الله تعالى .

أقول : لايخفى ان الظاهر أن بناء هذا الضابط إنما هو على التقريب في جملة من هذه المعدودات ، والا فانه لا نص على هذا الضابط ، ولا دليل عليه من الأخبار .

أما العبادات فالتقريب فيها أنه لما كان المقصود منها الأنقياد والخضوع والخشوع لله سبحانه ، وتهذيب النفس الأمارة وتذليلها كان مستلزماً للمباشرة ، وفعل المكلف بنفسه ليترتب عليه الاغراض المذكورة ، ولا ينافي ذلك الاستنابة في غسل أعضاء الطهارة مع العجز في الطهارة المائية ، أو الترابية فانه لايسمى وكالة ، ولذلك تجوز الاستنابة فيه ، لمن لا يصح توكيله كالمجنون والصغير والنية في ذلك من المكلف إذ لاعجز فيها إلا مع زوال التكليف بالكلية ، وأما تطهير الثوب والبدن من النجاسة فليس في حد ذاته من العبادات ، ليمتنع التوكيل فيه ، وان ألحق بها من حيث استحباب النية ، ولهذا يحكم فيه بالطهارة بحصول الغسل كيف اتفق وان كان لامن قصد ولانية بالكلية .

نعم قد استثنى من العبادات هنا مواضع : منها الصلاة الواجبة كركعتي الطواف حيث تجوز الاستنابة في الحج الواجب مع العذر ، ومنها الحج في الصورة المذكورة ، ومنها الحج المندوب وركعتا الطواف فيه ، والطواف المندوب حيث يناب فيه وصلاة الزيارة ، وأما غيرها من النوافل والصوم المندوب ففي جواز التوكيل فيه اشكال ، واطلاق جمع من الاصحاب المنع من الاستنابة في العبادات يشملهما ، وان قيد الاطلاق في غيرهما لقيام الدليل عليه ، ويبقى ما عداه على

المنع ، ومنها عتق العبد عن كفارة وجبت عليه ، ومنها أداء الزكاة الواجبة والخمس فأنه يجوز التوكيل فيها بغير اشكال ، وكذا الزكوات المستحبة .

وأما الألتقاط والاحتطاب والاحتشاش فالكلام فيها مبني على ما تقدم تحقيقه في الشركة في المسئلة الثانية من الفصل الثالث اللواحق من الكتاب المذكور ، ومن ذلك يعلم أن هذه الاشياء مما قد اختلف فيه كلامهم .

وهنا مواضع قد وقع الخلاف في جواز التوكيل فيها ، منها الاقرار بأن يقول وكلتك لتقرعني لفلان بكذا وكذا ، فذهب الشيخ الى جواز التوكيل فيه ، وهو أحد قولي الشافعية ، لأنه قول يلزم به الحق فأشبه الشراء وساير التصرفات ، وتردد في التذكرة ، ومن ذهب الى المنع علله بأن الاقرار اخبار بحق عليه ، ولايلزم الغير إلا على وجه الشهادة ، ولايليق التوكيل بالانشاءات .

ومنها أيضاً التوكيل في اثبات الحدود التي هي حق الله سبحانه ، وأما مايتعلق بالآدميين فقد جوزوا الوكالة فيه ، ووجه المنع من التوكيل فيها أنه مبنية على التخفيف ، ولقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) (١) « ادرأوا الحدود بالشبهات » والتوكيل يؤدي الى اثباتها ، والقول بذلك مذهب الفاضلين ، في غير التذكرة ، وأما في التذكرة فأنه قال : ويجوز التوكيل في اثبات حدود الله سبحانه ، وبه قال بعض العامة ، ثم نقل خبراً من أخبار العامة يدل على أنه (صلى الله عليه وآله وسلم) وكّل في اثبات الحد واستيفائه ، ثم قال : ولأن الحاكم إذا استناب نائباً في عمل فانه يدخل في تلك النيابة الحدود واثباتها فإذا دخلت في التوكيل بالعموم فبالتخصيص أولى ، ثم نقل عن الشافعي المنع من التوكيل في اثباتها ، محتجاً بما تقدم ثم رده بأن للوكيل أن يدرء بالشبهة ، وإلى هذا القول قال في المسالك محتجاً بما ذكره العلامة هنا ، وأجاب عن دليل المانع بما أجاب به هنا أيضاً .

---

(١) الفقيه ج ٤ ص ٥٣ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٨ ص ٣٣٦ ح ٤ .

ومنها الجهاد قال في المبسوط : وأما الجهاد فلا تصح النيابة فيه على حال ، لأن كل من حضر الصف توجه فرض القتال اليه ، وكيلاً كان أو موكلاً ، وقد روى أنه تدخله النيابة ، قال في المختلف بعد نقل ذلك عنه : والمعتمد دخول النيابة فيه ، ولذا يصح الاستيجار عليه ، وهذا اختيار ابن البراج ، انتهى .

أقول : مانقله الشيخ من وجود الرواية بالنيابة لاتحضرني الآن ، فان ثبت فلا معدل عن القول بها ، وبه يزول الاشكال ، ويضعف ماذهب اليه ، وما استدل به العلامة قوي أيضاً ان ثبت صحة الاستيجار عليه ، كما ادعاه .

ومنها وكالة الرجل لزوجته في طلاق نفسها منه ، قال في المبسوط : وأما المرائة فأنها تتوكل لزوجها في طلاق نفسها عند الفقهاء وفيه خلاف بين أصحابنا ، والأظهر أنه لايصح ، وتبعه ابن ادريس قال في المختلف : والوجه عندي الجواز ، لنا أنه فعل تدخله النيابة صدر من أهله في محله ، فكان واقعاً ، عملاً بالأصل ، ولا يخفى أن ما استدل به ، لايخرج عن المصادرة ، وأنه عين المدعى ، واما التمسك بأصالة الصحة فهو أيضاً لا يخلو من الاشكال .

ومنها توكيل الكافر في تزويج المسلمة ، منع عنه في المبسوط ، وجوزه ابن ادريس ، واختار في المختلف ما ذهب اليه الشيخ ، واستدل عليه بأنه نوع سلطنة ، وثبوت ولاية وسبيل على المسلم ، فلا يصح لقوله تعالى (١) « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » .

أقول : لايخفى ما في هذا الاستدلال من الوهن ، ثم قال : احتج بالاصل والجواب المنع من التمسك به مع قيام منافيه .

ومنها من وكل غيره في طلاق زوجته وهو حاضر ، فذهب الشيخ وجماعة منهم ابن البراج وأبو الصلاح الى عدم جواز ذلك ، وذهب ابن ادريس ومن تأخر عنه الى الجواز ، وسيأتي تحقيق المسئلة في محلها ان شاء الله تعالى .

---

(١) سورة النساء ــ الاية ١٤١ .

ومنها أن يتوكل المسلم للذمي على المسلم ، وظاهر الخلاف المنع منه ، وكذا في النهاية ، وهو ظاهر الشيخ المفيد أيضاً ، ومنع أبو الصلاح من ذلك ، وصرح ابن ادريس والعلامة في المختلف بالجواز ، قال في المختلف : لنا الأصل الدال على الجواز السالم عن المعارضة باثبات السبيل للكافر على المسلم .

ومنها توكيل الحاضر في الخصومة من غير أن يلزمه الحضور ، رضي خصمه بذلك أم لا ، والمشهور الجواز ، وذهب ابن الجنيد الى أنه مع حضوره لايجوز إلا أن يرضى الخصم بمخاصمة وكيل خصمه .

ومنها أيضاً قبض الزكاة والخمس ، فهل يجوز للفقير والسيد التوكيل في قبض ذلك له ممن عليه ذلك ، قولان : الجواز وهو قول المبسوط ، والمختلف والتذكرة ، والمنع وهو قول ابن ادريس ، وابن البراج ، إما اخراجهما فلا خلاف نصاً وفتوى في ذلك .

قال ابن ادريس : قال بعض أصحابنا يجوز من أهل السهمين التوكيل في قبضها ، وقال ابن البراج : لا يجوز ، وهو الذى يقوى في نفسي ، لأنه لادلالة عليه ، فمن ادعى ذلك فقد أثبت حكماً شرعياً يحتاج في اثباته الى دليل شرعي ولا دلالة ، وأيضاً فالذمة مرتهنة بالزكاة ، ولا خلاف بين الأمّة ان دفعها الى مستحقها يبرء الذمة بيقين ، وليس كذلك إذا سلّمه الى الوكيل ، لأن الوكيل ليس هو من الأصناف الثمانية بغير خلاف ، لأن الزكاة والخمس لا يستحقهما واحد بعينه ، ولا يملكهما إلا بعد قبضه لهما ، فتعيّن له ملكهما ، والوكيل لا يستحق إلا ما تعيّن ملكه للموكل ، واستحق المطالبة به ، وكل واحد من أهل الزكاة والخمس لا يستحق المطالبة بالمال ، لأن الانسان مخيّر في وضعه فيه ، أو في غيره ، فلا يجبر على تسليمه اليه ، انتهى .

واستدل في المختلف على ماذهب اليه من الجواز ، فقال لنا : أنه عمل مباح يقبل النيابة ، فصحت الوكالة فيه ، أما اباحته فلا شك فيه ، وأما قبوله

النيابة فظاهر ، ولهذا وضع الشارع نصيباً للعامل ، ولاخلاف أنه يجب دفع الزكاة الى الامام والعامل ، ويبرأ ذمة الدافع ، وان تلف لأنهما كالوكيلين لأهل السهمين ، وأي استبعاد في أن يقول الفقير : وكلتك في قبض مايدفعه المالك اليّ عن زكاته ، ولا يستلزم ذلك استحقاق المطالبة ، بل إذا اختار المالك الدفع الى ذلك الفقير جاز الدفع الى وكيله ، انتهى .

أقول : والمسئلة لايخلو عن شوب الاشكال ، وان كان قول ابن ادريس هو الاقرب الى جادة الاعتدال ، أما ماذكره العلامة من أنه عمل مباح يقبل النيابة ، فانه مصادرة ظاهرة ، لأن هذا هو عين المدعى ، إذ الخصم ينكر ذلك .

وما ذكره من الدفع الى الامام بيده أو يد عامله ، ففيه أنه ليس كون الامام هنا وكيلاً عن المستحقين بأولى من كونه وكيلاً عن المالك ، ويكون نائباً منابه في تفريقه على المستحقين ، ولهذا ان بعض الأصحاب صرح بكونه وكيلاً عن المالك .

وكيف كان فهو مستثنى بالنصوص الدالة على ذلك ، حتى قيل : بوجوب الدفع اليه ، وان كان المشهور الاستحباب ونائبه عليه السلام في معناه .

وإنما يبقى الكلام فيما عداه ، ومما يتفرع على ذلك أنه لو تلف المال في يد الوكيل بتفريط أو غير تفريط فمقتضى كلام القائل بالجواز برائة ذمة المالك ، وهو مشكل ، لأنه مأخوذ عليه بظواهر النصوص في برائة ذمة الدافع الى المستحق ، والمتبادر منه كما هو الشايع المتعارف هو الدفع اليه بيده ، والحال أنه لم يدفع اليه بيده ، وكون الدفع الى وكيله دفعاً اليه ، يتوقف على قيام الدليل على صحة الوكالة في هذه المسئلة .

ومما يتفرع على ذلك أيضاً أنه لو تصرف الوكيل في المال المدفوع اليه صح ذلك ومضى ، لأن المستحق الذي وكله لايستحق المطالبة به ، لأنه لايصير ملكاله الابعد قبضه ، فلا يستحق المطالبة به ، والدافع قد برئت ذمته كما هو المفروض

علىهذا القول ، وهذا عين السفسطة ، ودعوى كون قبض الوكيل في حكم قبض الموكل ، يتوقف علىصحة التوكيل بالدليل في الصورة المذكورة ، ويمكن أن يستدل لما ذكره العلامة بعموم أدلة الوكالة ، وليس هنا ما يصلح للمنع الا عدم تعيين الدفع الىذلك الموكل ، وجواز العدول عنه الى غيره ، وهذا لايصلح للمانعية ، اذ يكفي بناء علىتسليمه أن يكون ذلك حقاً له في الجملة ، وهوهنا كذلك ، ويمكن أن يؤيد ذلك بما صرحوا به من جواز الدفع إلىأطفال المؤمنين، وأنه يدفع إلى وليّهم انكان ، أو عدل يقوم بانفاقه عليهم ، وبالجملة فانالمسألة لعدم الدليل الواضح باقية في قالب الاشكال ، والله سبحانه العالم .

الثالث : قد عرفت أن من جملة الشروط العلم بما فيه التوكيل ، ولو اجمالا قال فيالتذكرة : لايشترط في متعلق الوكالة وهوما وكل فيه أن يكون معلوماً من كل وجه ، فان الوكالة إنما جوزت لعموم الحاجة ، وذلك يقتضي المسامحة فيها ، ولكن يجب أن يكون مبيناً من بعض الوجوه ، حتى لايعظم الغرر ، ولافرق في ذلك بين الوكالة العامة والخاصة ، فأما الوكالة العامة بأن يقول وكلتك في كل قليل وكثير ، فان لم يضف إلىنفسه فالأقوى البطلان ، لأنه لفظ مبهم بالغاية ، ولوذكر الاضافة إلىنفسه ـ وقال : وكلتك في كل أمر هولي أو في كل أموري أو في كل مايتعلق بي ، أو في جميع حقوقي ، أو في كل قليل وكثير من أموري ، أو فوضت اليك جميع الأشياء التيتتعلق بي ، أو أنت وكيل مطلقاً تصرف في مالي كيف شئت ، أو فصل الأمور المتعلقة به التي تجرى فيها النيابة ، وفصّلها فقال : وكلتك ببيع أملاكي وتطليق زوجاتي واعتاق عبيدى أولم يفصّل على ما تقدم أو قال : وكلتك في كل أمرهولي مما يناب فيه ، ولم يفصل أجناس التصرفات أو قال : أقمتك مقام نفسيفي كل شيء ـ فالوجه عندي الصحة في الجميع ، وبه قال ابن أبي ليلى ، وقال الشيخ : لاتصح الوكالة العامة ، وهوقول العامة ، الا ابن أبيليلى لما فيه من الغرر العظيم ، والخطر الكثير ، لأنه

يلزمه فيه هبة ماله ، وتطليق نسائه ، واعتاق رقيقه ، وأن يزوجه نساء كثيرة ، وتلزمه المهور الكثيرة ، والاثمان العظيمة فيلزم الغرر العظيم .

والجواب أنا نضبط جواز تصرف الوكيل بالمصلحة ، وكلما لامصلحة فيه لم ينفذ تصرف الوكيل ، كما لو وكله في بيع شيء وأطلق ، فأنه لايبيع الا نقداً بثمن المثل من نقد البلد ، فكذا في الوكالة العامة ، انتهى .

أقول : ما نقل عن الشيخ هنا هو مذهبه في الخلاف ، وأما في النهاية فانه قد وافق الأصحاب ، والقول بالصحة منقول أيضاً عن الشيخ المفيد ، وسلار ، وابن البراج ، وابن ادريس ، وهوالمشهور بين المتأخرين ، الا أن ظاهر الشرايع الميل إلى ما ذكره في الخلاف ، حيث قال : ولو وكل على كل قليل وكثير لايصح لما يتطرق من الضرر ، وقيل : يجوز ، ويندفع الخبال باعتبار المصلحة ، وهو بعيد عن موضع الفرض ، نعم لو وكل على ما يملك صح ، لأنه يناط بالمصلحة .

قال في المسالك : والجواز مذهب الأكثر ، لاندفاع الغرر والضرر بمراعاة المصلحة في فعل الوكيل مطلقاً ، والمصنف رد هذا القيد بأنه بعيد عن موضع الفرض ، فان الفرض كونه وكيلاً في كل شيء فيدخل فيه عتق عبيده ، وتطليق نسائه ، وهبة أملاكه ، ونحو ذلك مما يوجب الضرر ، والتقييد خروج عن الكلية .

وجوابه أن القيد معتبر وان لم يصرح بهذا العموم ، حتى لو خصص بفرد واحد تقيد بالمصلحة ، فكيف بمثل هذا العام المنتشر ، وفرق المصنف بين هذا العام وبين ما خصصه بوجه ، كقوله وكلتك على ما أملك ونحوه ، لاندفاع معظم الغرر ، نظراً إلى أن رعاية المصلحة في الامور المنتشرة أمر خفي جداً ، فإذا خصص متعلقها سهلت ، وهو غير واضح ، لأن رعاية المصلحة تضبط الأمرين ، وانتشار الأمور لايمنع من ذلك ، فان مرجع المصلحة إلى نظر الوكيل ، فما علم فيه المصلحة يفعله ، وما اشتبه عليه يمتنع فعله ، ولأنه لوفصل ذلك العام المنتشر فقال : وكلتك في عتق عبيدى ، وتطليق زوجاتي وبيع أملاكي صح ،

لأن كل واحد منضبط برعاية المصلحة على ما اعترفوا به ، وذلك مشترك بين الأمرين ، فالأقوى الجواز مطلقاً ، انتهى .

أقول : لا يخفى أن العموم المستفاد من هذه الأمثلة التي ذكرها في التذكرة مما ينافي اعتبار المصلحة ، كما أن تقييد هذا العموم مناف أيضاً ، فان ظاهر هذا العموم أن للوكيل اخراجه من جميع ما يملكه من أموال عينية وحقوق شرعية واثبات ما عليه ربما لا يمكنه الخروج عن عهدته ، وجميع ذلك خلاف المصلحة عرفاً وعادة ، كما أنه لو فصل كان كذلك ، فكلام المحقق لا يخلو عن قرب ، الا أن يقال : انه قد رضي بذلك ، فهو في حكم ما لو فعل ذلك بنفسه ، « والناس مسلطون على أموالهم » فيصح بناء على ذلك ، ولا ثمرة هنا للتقييد بالمصلحة ، لأنه من الظاهر المعلوم عدم المصلحة ، لو فعل ذلك تفصيلاً ، مع قولهم بالجواز ، فكذا في صورة الاجمال الذي هو بمعناه .

وبالجملة فالأمر دائر بين احتمال عدم الصحة من لزوم الضرر ، وبين احتمال الصحة بناء على رضاه بذلك ، لمعلومية ذلك عنده ، كما أنه لو فعله بنفسه كان كذلك ، وأما التقييد بالمصلحة وعدمها فلا مدخل له هنا .

نعم لقائل أن يقول : ان ما ادعيتموه من أن للانسان أن يفعل بنفسه وماله ماشاء ممنوع ، فانه متى تجاوز في التصرف إلى حد يوجب الاسراف وادخال الضرر على نفسه ، كان ممنوعاً بالآيات والروايات الدالة على تحريم الاسراف ، ووجوب دفع الضرر عن النفس والمال (١) ، وحينئذ فيرجع الأمر إلى اعتبار المصلحة في تصرفه بنفسه أو وكيله ، وعلى هذا فيمكن القول ببطلان الوكالة في صورة العموم على وجه المذكور ، لادخاله الضرر على نفسه ، لأن مقتضى هذا العموم الضرر كما عرفت ، كما أنه لو فصل هذا العموم كان ضرراً بيناً ، فتبطل الوكالة في الموضعين ، ويمكن أن يقال : بالصحة نظراً إلى أنه وان كان مقتضى العموم ذلك ، الا أن تقييد تصرف الوكيل بالمصلحة يزيل ذلك .

(١) الكافي ج ٤ ص ٥٢ عدة روايات باب فضل القصد ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٦١ ب ٢٧

ومما يمكــن أن يستدل به على جواز تصرف الانسان في ماله كيف شاء وان أوجب الـضرر صحيحة محمد بن يحيى الخثعمى (١) « قال : كنا عند أبي عبدالله عليه السلام جمــاعة اذ دخل عليه رجل من موالي أبي جعفر عليه السلام فسلّم عليه ثـم جلس وبكى ، ثم قال له : جعلت فداك إني كنت أعطيت الله تعالى عهداً ان عافاني الله من شيء كنت أخافه على نفسي أن أتصدق بجميـــع ما أملك وان الله تعالى عافاني منه ، وقد حولت عيالي من منزلي الى قبة من خراب الأنصار وقد حملت كل ما أملك ، فأنا بايع داري وجميع ما أملك فأتصدق به ؟ فقال : أبو عبدالله عليه السلام انطلق وقوم منزلك وجميع متاعك وما تملك بقيمة عادلة وأعرف ذلك ثم أعمد الى صحيفة بيضاء فاكتب فيها جملة ما قومت ثم انظر الى أوثـق الناس في نفسك فادفع اليه الصحيفة وأوصيه ومره ان حدث بك حدث الموت أن يبيع منزلك وجميع ماتملك فيتصدق به عنك ، ثم ارجع الى منزلك وقـم في مالك على ما كنت فيه فكل أنت وعيالك مثل ما كنت تأكل ثم انظر بكل شيء تصدق به فيما تستقبل من صدقة أو صلة قرابة أو في وجوه الـبر فاكتب ذلك كلّه وأحصه ، فاذا كان رأس السنة فانطلق الى الرجل الذى أوصيت إليه فمره أن يخرج اليك الصحيفة ، ثـم اكتب فيها جملة ما تصدقت وأخرجت من صلة قرابة أو بر في تلك السنة ، ثـم افعل ذلك في كل سنة ، حتى تفي لله بجميع ما نذرت فيه ويبقى لك منزلك ان شاء الله تعالى قال : فقال الرجل : فرّجت عني يابن رسول الله جعلني الله فداك » .

وفيه أنه قد استفاضت الأخبار المعصومية وعضدتها الآيات القرانية بتحريم الاسراف . كقول أبي عبد الله عليه السلام في رواية حماد اللحام (٢) المروية في الكـافي وتفسير العياشي لوأن رجلا أنفق ما في يديه في سبيل من سبيل الله ماكان أحسن ولا وفق أليس الله تبارك وتعالى يقول « ولاتلقوا بأيديكم الى التهلكة » وأحسنوا

(١) الكافى ج ٧ ص ٤٥٨ ح ٢٣ ، الوسائل ج ١٦ ص ٢٣٦ ح ١ .

(٢) الكافـى ج ٤ ص ٥٣ ح ٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٥٨ ح ٧ .

ان الله يحب المحسنين » يعني المقتصدين .

وفي رواية هشام ابن المثنى (١) عن أبي عبدالله عليه السلام الواردة في تفسير قوله تعالى « وآتوا حقه يوم حصاده ولاتسرفوا ان الله لايحب المسرفين » ، فقال : كان فلان بن فلان الانصاري سماه وكان له حرث ، فكان اذا أخذ يتصدق به يبقى هو وعياله بغير شيء ، فجعل الله تعالى ذلك سرفا » .

وفي صحيحة الوليد بن صبيح (٢) « قال : كنت عند أبي عبدالله عليه السلام فجاءه سائل فأعطاه ثم جاء آخر فاعطاه ، ثم جاء آخر فقال يسع الله تعالى عليك ثم قال : لو أن رجلا كان له مال يبلغ ثلاثين أو أربعين ألف درهم ثم شاء أن لايبقى منها الا وضعها في حق لفعل فيبقى لامال له ، فيكون من الثلاثة الذين يرد دعاؤهم قلت من هم ؟ قال : أحدهم رجل كان له مال فأنفقه في غير وجهه ، ثم قال : يارب ارزقني فيقال له : « ألم أرزقك » .

ومن ذلك خبر الصوفية (٣) المروي في الكافي الي غير ذلك من الأخبار الصريحة في تحريم ذلك ومن المقرر أن صحة نذر شيء فرع مشروعيته ، فلو لم يكن مشروعاً لم ينعقد نذره ، ومنه يعلم أن الرواية المذكورة واردة على خلاف القواعد الشرعية ، بل ربما يقال : أن دلالة هذه الرواية على ما ندعيه من بطلان النذر أقرب ، لأنه لو كان النذر صحيحاً لأمره عليه السلام بالتصدق بأمواله حسبما نذره لأنه هو الواجب بالنذر ، ولماجاز نقلها الى الذمه بالقيمة ثم التصدق بهاتدريجاً على وجه يندفع به الضرر الموجب لبطلان النذر لولم يكن كذلك ، ولهذا ان الأصحاب قصروا العمل بالرواية على موردها لمخالفتها لمقتضى القواعد الشرعية كما عرفت والله سبحانه العالم .

---

(١) الكافي ج ٤ ص ٥٥ ح ٥ ، الوسائل ج ٦ ص ٣٢٣ ح ٣ .

(٢) الفقيه ج ٢ ص ٣٩ ح ٢٠ الكافي ج ٤ ص ١٦ ح ١ وفيه الم أجعل لك سبيلا الى طلب الرزق .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٦٥ ح ١ .

وهما في الوسائل ج ٦ ص ٣٢٢ ح ١ و ص ٣٠٢ ح ٨ .

المطلب الثالث في الموكل :

وفيه مسائل : **الاولى :** يشترط فيه التكليف بالبلوغ والعقل وعدم الحجر عليه بالنسبة الى ماحجر عليه التصرف فيه ، وجملة من الاصحاب انما عبروا هنا بأنه يشترط أن يملك مباشرة ذلك التصرف بملك أو ولاية .

قال في التذكرة : يشترط في المــوكل أن يملك مباشرة ذلك التصرف ، ويتمكن من المباشرة لما وكل فيه ، اما بحق الملك لنفسه ، وبحــق الولاية عن غيره ، فلايصح للصبي ـ ولاالمجنون ولاالنائم ، ولا المغمى عليه ولاالساهي ولاالغافل ـ أن يوكلوا ، سواء كان الصبى مميزاً أم لا ، وسواء كانت الوكالة في المعروف أم لا ، وعلى الرواية المقتضية لجواز تصرف المميز أو من بلغ خمسة أشبار في المعروف ووصيته في المعروف ينبغي القول بجواز توكيله ، وكذا كل من يعتوره الجنون حال جنونه ، ولو وكل حال افاقته صحت الوكالة ، لكن لو طرء الجنون بطلت الوكالة ، انتهــى .

أقول : لاريب أنه وردت الروايات الكثـيرة (١) الظاهرة في جواز تصـرف الصبي المميز بالعتق والوصية والصدقة بالمعروف من غير معارض ، وبها قال جملة من الاصحاب ، وبذلك تثبت له جواز التوكيل ، وان كان خلاف المشهور بينهم لاعراض أكثرهم من العمل بتلك الروايات ، ولهذا أحال ذلك هنا على تقدير ثبوت الرواية ، ومن ثم أيضاً قال في المسالك بعد ذكر عبارة المصنف المرادفة لهذه العبارة والأقوى المنع .

وأما ما ذكره من بطـلان وكالة المجنون لو وكل حال الافاقة ، وطرء الجنون ، ومثله لو طرء الاغماء والحجـر عما وكل فيه ، فالظاهر أن دليله أنه لا يصح التصرف من نفسه ، لو كان كذلك فمن وكيله بطريق أولى ، وقد مر أن من

(١) الوسائل ج ١٣ ص ٣٢١ الباب ١٥ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات .

شرائط صحة التوكيل تملكه فعل ما وكل فيه ، ولا شك أنه ليس بمالك له في تلك الأحوال .

وفيه أنه ان أريد بطلان الوكالة بطروّ هذه الامور واستمرارها بحيث لاتحصل له الافاقة من الجنون ولامن الاغماء ولادفع الحجر فهو جيد ، وان أريد البطلان ولومع زوال تلك الامور كما هو الظاهر من كلامهم ، فانهيمكن تطرق المناقشة اليه ، بأنه من الجائز أن اشتراط تملك الموكل لما وكل فيه انما هو باعتبار الابتداء ، بمعنى أنه لايجوز له التوكيل الا فيما يملك التصرف فيه ، كما تقدم ذكره ، لاباعتبار الاستدامة ، فلو حصلت الوكالة في حال كونه مالكاً للتصرف بحيث يصح وقوع ذلك الفعل منه ، فالوكالة صحيحة اتفاقا ، وبطلانها بمجرد عروض أحد هذه الأشياء يحتاج الى دليل ، ولادليل على شرطية هذا الشرط في الاستدامة ، ولانتقاض ذلك بالنائم مع الاتفاق على عدم البطلان بالنوم ، ولعل دليلهم إنما هوالاجماع ، الا أنه لم يدعه أحدمنهم فيما أعلم .

وبالجملة فان أصالة صحة الوكالة ثابتة ، والبطلان يحتاج الى دليل ، والدليل الذي أوردوه قاصر ، كما عرفت .

والظاهر أن المراد بمن له حق الولاية هو الأب والجد والوصي والحاكم الشرعي ، أما الأب والجد فظاهر ، وأما الوصي اذا كان وصياً على الأطفال فان له ولاية كولاية الأبوين ، وكذلك الوصي في اخراج الحقوق اليه ذلك ، فان معنى وصيته اليه بذلك جعله كنفسه .

قال في التذكرة : للوصي أن يوكل ، وان لم يفوض اليه الموصي ، ذلك بالنصوصية ، لأنه يتصرف بالولاية كالأب والجد ، لكن لو منعه الموصي من التوكيل وجب أن يتولى بنفسه ، وليس له أن يوكل حينئذ لقوله تعالى (١) « فمن بدله بعد ما سمعه » الآية ويجوز للحاكم أن يوكل عن السفهاء والمجانين

---

(١) سورة البقرة ــ الاية ١٨١ .

والصبيان من يتولى الحكومة عنهم ، ويستوفي حقوقهم ، ويبيع عنهم ، ويشتري لهم ، ولانعلم فيه خلافا ، انتهى .

وأما العبد على القول بملكه فانه ليس له التوكيل على الأشهر الأظهر الا باذن الموصى ، لأنه وان ملك الا أنه محجور عليه ، كما تقدم تحقيقه في كتاب البيع وفي كتاب الحجر .

نعم استثنى من ذلك الطلاق ، فانه بيد من أخذ بالساق ، فله التوكيل فيه ولو أحلنا ملكه كما هو أحد القولين ، فوقوع التوكيل منه إنما يكون في حق مولاه ، فيتوقف على الاذن ، لأنه لايجوز له التصرف مباشرة بدون الاذن ، ولا يملك التصرف .

وقد عرفت أن التوكيل في أمر فرع صحة تملك التصرف فيه ، ومثله ساير أفراد المحجور عليهم ، فانه يجوز لهم التوكيل ، فيما لايتعلق به الحجر ، قال في التذكرة : وللمحجور عليه بالفلس أو السفه أو الرق أن يوكلوا فيما لهم الاستقلال حيث شاؤا من التصرفات ، فيصح من العبد أن يوكل فيما يملكه من دون إذن سيده ، كالطلاق والخلع ، وطلب القصاص ، والمفلس له التوكيل في الطلاق والخلع وطلب القصاص ، والمعاملة بغير عين المال ، والتصرف في نفسه ، فانه يملك ذلك ، وأما ماله فلايملك التصرف فيه ، وأما مالا يستقل أحدهم بالتصرف فيه فيجوز فيه مع إذن الولي والمولى ، انتهى .

ومايشعر به كلامه من جواز توكيل السفيه مع إذن المولى قد تأمل فيه بعض المحققين ، قال : فانه بمنزلة المجنون والصبي ، وقد منع منهما وما اعتبر بايقاعه بحضور الولي أيضاً وبرضاه لعدم الاعتداد بعبارته .

أقول : قد مر في كتاب الحجر نقل الخلاف فيما لو أذن الولي للسفيه في البيع فقيل : بالمنع وهو مذهب المبسوط وابن البراج ، وقيل : بالصحة ، ونقله العلامة في المختلف عن بعض علمائنا واختار ، فينبغي أن يكون الكلام هنا كذلك ،

الا أن الأقرب هو الصحة في الموضعين ، والفرق بينه وبين الصبي والمجنون ظاهر ، فان عبارتيهما مسلوبة الصحة ، لعدم التكليف الذي هو مناط ذلك بخلاف السفيه . فان الحجر عليه إنما هو من حيث خوف الافساد والتبذير ، وعدم الاصلاح في تصرفاته ، وهذا مأمون بالاذن له فلا مانع حينئذ من الصحة ، ولو وكله انسان في شراء نفسه من مولاه فالمشهور الصحة ، قالوا : والمراد وكالته باذن مولاه لتوقف تصرفاته على الاذن منه ، الاما استثنى والظاهر أنه يكفي في الاذن المذكور ايجاب السيد للمبيع مخاطباً به العبد ، وان كان ظاهر كلام جملة منهم الاذن الخاص في ذلك ، وربما قيل : بالمنع لاشتراط مغايرة المشترى للمبيع ، والمشترى والمبيع هنا واحد ، وهو العبد ، ورد بأن المغايرة الاعتبارية كافية ، وربما قيل . بلزوم كون السيد موجباً قابلاً .

وفيه أيضاً ما تقدم ، قال في المبسوط : إذا وكل رجل عبداً في شراء نفسه من سيده قيل : فيه وجهان : أحدهما يصح ، كما لو وكله في شراء عبد آخر باذن سيده ، والثاني لايصح ، لأن يد العبد كيد السيد وايجابه وقبوله باذنه بمنزلة ايجاب سيده وقبوله ، فإذا كان كذلك وأوجب له سيده وقبله كان السيد هو الموجب القابل للبيع ، وذلك لايصح ، فكذلك هيهنا ، ثم قال : والاول أقوى .

وقال ابن البراج : الاقوى عندي أنه لايصح الا أن يأذن له سيده في ذلك ، فان لم يأذن له فيه لم يصح ، قال في المختلف بعد نقل القولين المذكورين : والحق ما قويه الشيخ ، لأن بيع مولاه رضاً منه بالتوكيل ، انتهى .

أقول : ومن كلامه يفهم أن من أطلق من الأصحاب كالشيخ والمحقق والعلامة فان مرادهم الاكتفاء بالايجاب ، وما يدل عليه من الرضا بذلك عن الاذن الصريح ، وظاهر كلام ابن البراج تقدم الاذن أولاً قبل العقد ، وهو ظاهر شراح كلام المحقق والعلامة ، والحق ماذكره في المختلف ، والله سبحانه العالم .

الثانية : قالوا : ليس للوكيل أن يوكل إلا باذن من الموكل ، لأن الوكيل

لايملك مباشرة ما وكل فيه بنفسه قبل الوكالة ، ومن شرط صحة التوكيل تملك الموكل للتصرف بنفسه ولا ولاية له ، فلابد من الاذن حينئذ ، الا أن يدل اللفظ باطلاقه أو عمومه على ذلك ، كقوله اصنع ماشئت ، ونحوه من الأمثلة المتقدمة في كلامه في التذكرة ، وان لم يحصل ذلك صريحاً ولاضمنا ، لكن دلّت القرائن على ترفع الوكيل عن مثل ذلك الفعل لشرفه وعلو منزلته ، وعدم لياقة مباشرة ذلك الفعل به أو عجزه عنه فكذلك أيضاً ، لكن يجب علم الموكل بذلك .

تنبيهات :

الاول : قال في التذكرة : التوكيل على ثلاثة أقسام : الاول : أن يوكل الموكل وكيله في التوكيل ، فيجوز أن يوكل اجماعاً ، والثاني : أن ينهاه عن التوكيل ، فليس له أن يوكل ، الثالث : أطلق الوكالة ، وأقسامه ثلاثة : أحدها أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله ، كالاعمال الدنية في حق اشراف الناس المرتفعين عن مثلها في العادة ، كما لو وكله في البيع والشراء ، والوكيل أمين لايتبدل بالتصرف في الأسواق ، أو يعجز عن عمله لكونه لايحسنه ، فله التوكيل فيه ، لأن تفويض مثل هذا التصرف إلى مثل هذا الشخص لايقصد منه إلا الاستنابة ، وهوقول علمائنا أجمع وأكثر الشافعية .

الثاني : أن يكون العمل مما لايرتفع الوكيل عن مثله الا أنه عمل كثير منتشر لايقدر الوكيل على فعل جميعه ، فيباشره بنفسه ، ولايمكنه الاتيان بالكل ، فعندنا يجوز له التوكيل ، ولانعلم فيه مخالفا ، وله أن يوكل فيما يزيد على قدر الامكان قطعاً ، وفي قدر الامكان اشكال أقربه ذلك ، لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل فيه ، فجازت في جميعه كما لوأذن له في التوكيل فيه بلفظ ، وللشافعية ثلاث طرق ، ثم ساق الكلام الى أن قال : الثالث ما عدا هذين القسمين ، وهو ما أمكنه فعله بنفسه ، ولايرتفع عنه ، وقد قلنا أنه لايجوز له أن يوكل فيه الا باذن الموكل ، إلى أن قال : إذا وكله بتصرف وقال : افعل ماشئت لم يقتض ذلك

الاذن في التوكيل ، لأن التوكيل يقتضي تصرفاً يتولاه بنفسه ، وقوله اصنع ما شئت لايقتضي التوكيل ، بل يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه ، وهو أصح قولي الشافعية ، والثاني أن له التوكيل وبه قال أحمد ، واختاره الشيخ في الخلاف ، لأنه أطلق الاذن بلفظ يقتضي العموم في جميع ما شاء فيدخل في عمومه التوكيل وهو ممنوع ، انتهى .

أقول : والنصوص هنا غير موجودة ، الا أن ما ذكره جيد بناء على الجرى على مقتضى تعليلاتهم في أمثال هذه المقامات ، الا فيما ذكره من قوله وفي قدر الامكان اشكال أقربه ذلك ، فان الظاهر أن ما قرب به بعيد ، قوله « لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل فيه » إلى آخره ممنوع ، بل إنما اقتضت جواز التوكيل فيما يعجز عنه من حيث العجز ، لاعترافه أخيراً بأن التوكيل يقتضي تصرفاً يتولاه بنفسه ، وهو هنا بالنسبة الى محل الاشكال عنده ممكن ، لأن المفروض أنه ممكن لايتعلق به عجز ، فلا يجوز التوكيل فيه ، بل يجب عليه مباشرته بنفسه ، كما هو مقتضى الوكالة باعترافه .

والى ما أشرنا أشار في المسالك أيضاً ، فقال بعد ذكر جواز التوكيل فيما يرتفع عنه التوكيل أولاً ثم الجواز فيما يعجز عنه مالفظه : ويقتصر في التوكيل في الأخير على ما يعجز عنه ، لأن توكيله خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على موضع الحاجة ، وهو جيد ، وكذا قوله : ان قوله افعل ماشئت لايقتضي الاذن في التوكيل ، فان الظاهر هنا انما هو مانقله عن الشيخ من الجواز حسبما قدمنا نقله عنهم .

ومن جملة من صرح بذلك شيخنا في المسالك فقال : فان أذن له في التوكيل صريحاً فلا اشكال ، وكذا لو دل اللفظ باطلاقه أو عمومه على ذلك ، كاصنع ماشئت أو مفوضاً ونحوه ، وبما أوردناه عليه في هذين الموضعين اعترف في القواعد ، فقال : ولا يصح توكيل الصبي الى أن قال : ولا الوكيل إلا باذن

مو كله صريحاً أو فحوى ، مثل اصنع ماشئت ، والأقرب أن ارتفاع الو كيل عن المباشرة واتساعه و كثرته بحيث يعجز عن المباشرة اذن في التو كيل معنى فحينئذ الاقرب أنه يو كل فيما زاد على مايتمكن منه لا الجميع انتهى .

وبيان ذلك هنا أن اطلاق التو كيل يقتضي تصرفاً يتولاه بنفسه ، كما صرح به ، فلابد لزيادة هذا القيد ونحوه من فائدة تترتب عليه ، والا لكان لغواً من القول ولاريب أن من جملة ما يشاء تو كيل الغيراذا شاء ، ولو حمل هذا اللفظ على ما دل عليه أصل الوكالة من غيرأن يكون له فائدة تترتب عليه لكان اللازم ماقلناه ، ولاشك أنه هوالمتبادر من اللفظ ، الا أن يكون ثمة قرائن حالية توجب الخروج عن دلك .

ثم ان ما ذكره من جواز التو كيل في صورة الترفع والعجز ينبغي تقييده بما أشرنا اليه آنفا من علم المو كل بذلك ، لأنه لو لم يعلم المو كل بشيء من هذين العذرين المانعين من القيام بما و كل فيه لم يجز لذلك الو كيل تو كيل غيره ، لانتفاء القرينة من جانب المو كل التي هي مناط الاذن ، لان معرفة المو كل بكونه يرتفع أو يعجز في قوة الاذن له بالتو كيل ، كما عرفت من عبارة القواعد المذكورة ، وأنه انما و كله ، والحال كذلك إلا مع رضاه واذنه بالتو كيل ، بخلاف ما لو لم يعلم بذلك ، وهو ظاهر .

الثاني : قال في التذكرة ، اذا أذن له أن يو كل فأقسامه ثلاثة : الأول : أن يقول له : و كل عن نفسك ، ففعل كان الثاني و كيلا للو كيل ، ينعزل بعزل الأول اياه ، لأنه نائبه وهوقول الشافعي ، ثم ذكر الخلاف في ذلك من العامة وأقوالهم الى أن قال : والثاني : لوقال: و كل عني فو كل عن المو كل ، فالثاني و كيل للمو كل وليس لأحدهما عزل الآخر ، ولاينعزل أحدهما بموت الاخر ، ولا جنونه وانما ينعزل أحدهما بعزل المو كل ، فأيهما عزله انعزل .

الثالث : لوقال : و كلتك بكذا و أذنت لك في تو كيل من شئت ، أوفي أن تو كل و كيلا ولم يقل عني ولا عن نفسك ، بل أطلق فللشافعية وجهان : أحدهما

أنه كالصورة الأولى ، وهي أن يكون وكيلا عن الوكيل ، لأن المقصود من الاذن في التوكيل تسهيل الأمر على الوكيل ، وأصحهما عندهم أنه كالصورة الثانية يكون وكيلا للموكل ، فان التوكيل تصرف يتولاه باذن الموكل ، فيقع عنه اذا جوزنا للوكيل أن يوكل في صورة سكوت الموكل عنه ، فينبغى ان يوكله عن موكله ، ولو وكل عن نفسه ، فللشا فعية وجهان ، انتهى .

أقول : ظاهر كلامه هو التوقف في القسم الثالث حيث لم يذكر فتواه في ذلك ، وإنما اقتصر على نقل الوجهين من كلام الشافعية ، وذكر تعليلاتهم ، ويحتمل أن يكون عدم رده لما ادعوه من الأصحية ولارد دليلها مؤذنا باختياره ذلك ، ورجحه بعض محققي متأخرى المتأخرين ، قال : لأن صاحب المال إذا أذن بتوكيل من يوكل في بيع ماله أنه يوكله عن نفسه ، ولأنه ثبت بذلك توكيله وباذنه في فعل الثاني ذلك الموكل فيه فعزله ومنعه من ذلك يحتاج إلى دليل ، والأصل عدمه والاستصحاب يفيده ، انتهى .

أقول : والمراد من قوله يوكل في صورة سكوت الموكل يعنى مع فهم الجواز من القرائن كما تقدم لا مطلقاً ، فانه لاقائل به .

الثالث : قال في التذكرة أيضاً : كل وكيل جاز له التوكيل فليس له ان يوكل الا أميناً لأنه لانظر للموكل في توكيل من ليس بأمين فيفيد جواز التوكيد فيما فيه الخطر والضرر كما أن الاذن في البيع يقتضي الاذن بثمن المثل، الا أن يعين له الموكل فيجوز سواء كان أميناً أو لا ، اقتصاراً على ما نص عليه المالك ، ولأن المالك قطع نظره بتعيينه ، ولو وكل أميناً فصار خائناً فعليه عزله ، لأن تركه يتصرف في المال مع خيانته تضييع وتفريط على المالك ، وللشافعية وجهان : في أن يحل له عزله ، انتهى .

أقول : الظاهر من كلامهم من غير خلاف يعرف هو عدم اشتراط العدالة في الوكيل ، وغاية ما ذكروه في شروطه هو البلوغ والعقل ، والاسلام ان كان

الغريم مسلماً ، بل صرح في الشرايع بجواز كونه فاسقاً أوكافراً أو مرتداً ، والظاهر أنه لافرق في ذلك بين الوكيل عن المالك ، والوكيل عن وكيله ، لأن الحكم في الوكيل لايزيد على الحكم في المالك فكل من جاز للمالك توكيله ، جاز لوكيله كذلك ، لأنه قائم مقام المالك وفي حكمه ، إلا أن يقوم دليل على الفرق بينهما ، ولا أعرف لذلك دليلاً ، والاصل العدم في الموضعين ، وما ذكره هنا من التعليل بقوله لأنه لانظر للموكل في توكيل من ليس بأمين إنما يتم لو قلنا : باشتراط الوثاقة والأمانة فيمن يوكله الموكل .

وقد عرفت أنه غير شرط ولم يصرح به أحد منهم بل إنما صرحوا بخلافه ، وكيف يتم ما ذكره من أنه لانظر للموكل في توكيل من ليس بأمين بمعنى أنه ليس يرضى بذلك ولايجيزه ، والحال أنه يوكل الفاسق المقطوع بكونه غير أمين كما عرفت ، فلو كان نظر الموكل مقصوراً على الأمين ، وان ذلك من شروط الوكالة لامتنع توكيله الفاسق ، وكيف يراعى هذا النظر في وكيل وكيله ، ولايراعى في وكيله هو .

وبالجملة فإنه إذا صحت وكالته للفاسق والكافر المعلوم عدم أمانتهم ، والجائز وقوع الخطر والضرر بوكالتهم ، فلم لايجوز فيمن يوكله الوكيل والخطر والضرر في الموضعين متدارك بفسح الموكل الوكالة ، وقياسه ذلك على الاذن في البيع المقتضى لثمن المثل قياس مع الفارق ، فإن البيع لما كان الغالب فيه هو البيع بثمن المثل حمل عليه الاطلاق ، لما عرفت في غير موضع مما تقدم أن الاطلاق إنما يحمل على الأفراد الغالبة الشائعة ، بخلاف التوكيل ، لما عرفت من أن للموكل توكيل الفاسق والكافر والمرتد ونحوهم ممن لا أمانة لهم ، فاطلاق توكيل الوكيل لغيره إنما ينصرف إلى ذلك ، لاإلى خلافه وعكسه من اشتراط الأمانة فيه ، وبما صرح به هنا صرح في القواعد أيضاً ، فقال : وكل موضع للوكيل أن يوكل فيه فليس له أن يوكل الا أميناً الا أن يعين الموكل

غيره ، على أن ما ذكره من التعليل بقوله لانظر للموكل في توكيل من ليس بأمين لايخرج عن المصادرة ، لأن هذا عين المدعى كما هو الظاهر .

وبالجملة فانه لايظهر لي وجه صحة لما ذكره ، ولعله لسوء فهمي القاصر وضعف بصيرتي الحاسر ، وبذلك يظهر أن ما أطال به المحقق الأردبيلي هنا الكلام بعد نقل العبارة المذكورة من أن المراد بالأمانة العدالة بالمعنى المشهور بين الأصحاب أو مجرد اطمينان النفس به في عدم الخيانة لا أعرف له وجهاً لأن هذا البحث فرع صحة هذا الشرط ، وقد عرفت مافيه وانه لاوجه له ، ولادليل عليه الا أن يقال بذلك في الوكيل : ولا قائل بذلك بل القول إنما هو بخلافه كما عرفت ، والله سبحانه العالم .

الثالثة : لا يجوز للموكل أن يوكل فيما لايجوز له مباشرته كما تقدم في صدر هذا المطلب ومن فروع ذلك أنه لا يجوز للمسلم أن يوكل ذمّياً في شراء خمر أو خنزير ، لأنه لايجوز شراءه ، وإن جاز ذلك للذمّي ، ومنها أنه لا يجوز للمحرم أن يوكل في عقد النكاح ولا ابتياع الصيد ، ولا يجوز له أيضاً أن يتوكل فيما ليس للمحرم فعله كابتياع الصيد وامساكه وعقد النكاح ، وهذا الحكم قد ذكره الأصحاب في أحكام الموكل فعبّروا بالعبارة الأولى ونحوها . وفي أحكام الوكيل فعبّروا بالعبارة الثانية ونحوها ، والوجه في ذلك ظاهر ، فانه كما يشترط في الموكل أن لا يوكل إلا فيما يجوز له مباشرته ، كذلك يشترط في الوكيل أن لايكون وكيلاً إلا فيما يكون قادراً على الاتيان به بنفسه ، و حينئذ فكما لايجوز للمحرم أن يوكل في العقد فكذلك لايجو له أن يتوكل فيه ، وقد تقدم الكلام في ذلك في الحج ، اذا عرفت ذلك فاعلم أنه لا اشكال في تحريم ايقاع العقد فيهما في حال الاحرام ، وكذا التوكيل فيه .

وانما الكلام فيما لو وقع التوكيل في حال الاحرام لايقاع العقد بعد الاحلال ، فان ظاهر اطلاقهم هنا هو البطلان ، مع أن الذى صرح به جملة منهم

في كتاب الحج هو الجواز ، تمسكاً بالأصل السالم عن المعارضة .

وكذا الكلام في أنه هل يخص التحريم بما إذا كان العقد للموكل ، أو أعم من ذلك ؟ اشكال ، وان كان المتبادر من كلامهم الأول .

قال في المسالك : وهل التحريم مشروط بكون العقد للموكل كما هو ظاهر الكلام والنص ، أو هو أعم من ذلك حتى يحرم على الأب والجد ، وشبههما التوكيل حال الاحرام في ايقاع عقد المولّى عليه ، وكذا الوكيل الذى يسوغ له التوكيل كل محتمل ، وطريق الاحتياط واضح ، انتهى والله سبحانه العالم .

الرابعة : قالوا : يستحب أن يكون الوكيل تام البصيرة فيما وكل فيه عارفاً باللغة التى يحاور بها ، وعن ابن البراج ان ذلك واجب ، وكذا عن ظاهر أبي الصلاح ، ثم ردّوا ذلك بأنه ضعيف ، قالوا : ويكره لذوى المروّات بان يتولّوا المنازعة بأنفسهم ، والمراد بأهل المروّات يعنى أهل الشرف والخطر والمناصب الجليلة الذين لايليق بهم الامتهان .

ونقل الأصحاب في كتب الفروع أنه روي (١) « أن عليّاً عليه‌السلام وكل عقيلاً في خصومة ، وقال ، ان للخصومة قحماً ان الشيطان ليحضرها وأني لأكره أن احضرها » وفي الصحاح القحمة بالضم المهلكة ، والمراد بأن للخصومة قحماً أي انه تقحم بصاحبها الى ما لايريده .

أقول : لم أقف على هذا الخبر فيما حضرني من كتب أخبارنا بل الموجود فيها إنما هو مايدل على خلافه « من تحاكم علي عليه‌السلام (٢) مع من رأى درع طلحة أخذت غلولاً عنده ، فقال عليه‌السلام درع طلحة أخذت غلولاً يوم البصرة ، فأنكر من هي بيده ، فدعاه المنكر الى المحاكمة الى شريح القاضي فحاكمه اليه » والقضية

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥١١ ، النهاية لابن الاثير ج ٤ ص ١٩ ، لسان العرب ج ١٢ ص ٤٦٣ وفيه وكل عبد الله بن جعفر .

(٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٧٣ ح ١٥٢ ، الوسائل ج ١٨ ص ١٩٤ ح ٦ .

مشهورة مروية « وتحاكم النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) (١) مع صاحب الناقة إلى رجل من قريش ، ثم الى علي عليه السلام والرواية بها متعددة ، وتحاكم علي بن الحسين عليهما السلام (٢) الى قاضي المدينة مع زوجته الشيبانية لما طلقها وادعت عليه المهر» وهذه كلها كما ترى ظاهرة في عدم الكراهة ، اذ لاريب في أنهم عليهم السلام سادات أرباب الشرف ، بل لاشرف فوق شرفهم .

نعم ما ذكروه باعتبار العرف الذي عليه الناس الآن مما لاشك فيه ، ومن الطرائف المناسبة للمقام أنه ادعى رجل من عامة الناس علي رجل من أهل الشرف في بلادنا البحرين ، وكان من عادة ذلك الرجل الشريف لعلو مقامه أن يجلس بجنب الحاكم ، فلما ادعى عليه ذلك ، قال له الحاكم : قم واجلس الى جنب خصمك ما دامت الخصومة ، فان هذا هو مقتضى الشرع ، فاذا فرغت الخصومة عد الى مكانك ، فقال الرجل : اني لاأبيع مقامي هذا بأضعاف مايدعيه هذا المدعي وأني أشهدكم أني قد سلمت اليه دعواه ، ولاأقوم من مجلسي هذا ، وهو غاية في المحافظة على شرف النفس وعزتها ، وعدم امتهانها ومذلتها والله سبحانه العالم .

المطلب الرابع في الوكيل :

وفيه أيضاً مسائل : **الاولى** : كلما يشترط في الموكل من البلوغ والعقل ، ونحوهما ، وضابطه ماتقدم من التمكن من التصرف يشترط في الوكيل أيضاً ، قال في الشرايع : الوكيل يعتبر فيه البلوغ وكمال العقل ، ولو كان فاسقاً أوكافرا أومرتدا ، ولو ارتد المسلم لم تبطل وكالته ، لأن الارتداد لايمنع الوكالة ابتداء ، فكذا استدامة .

وقال في التذكرة : كما يشترط في الموكل التمكن من مباشرة التصرف في الموكل فيه بنفسه ، يشترط في الوكيل التمكن من مباشرته بنفسه ، وذلك بأن يكون صحيح العبارة فيه فلايصح للصبي ولاللمجنون أن يكونا وكيلين في

(١) الفقيه ج ٣ ص ٦٠ ح ١ ، الوسائل ج١٨ ص ٢٠٠ ح ١ .
(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٣٥ ح ٥ ، الوسائل ج ١٦ ص ١٤٢ ح ١ .

التصرفات ، سواء كان مميزاً الى آخر ماقدمنا نقله عنه في سابق هذا المطلب من الأفراد المعدودة ثمة ، وعلى هذا النهج كلام غيرهما .

وهو كماترى ظاهر بل صريح فيما قدمنا ذكره من عدم اشتراط الوكيل وعدم اشتراط كونه أميناً كما ذكره العلامة فيما قدمنا نقله عنه في وكيل الوكيل وكان ذكر المرتد في عبارة الشرايع - بعد ذكر الكافر الشامل له ، لدفع توهم بطلان تصرفاته بعد الردة ، فان البطلان مخصوص بما كان من أمواله ، فانه يمنع منها دون مال الغير الذي وكل فيه ، فانه لا يدخل في ذلك ولا يمنع من تصرفه فيه بحسب الوكالة .

وما ذكره في التذكرة من الشرط المذكور ، بمنزلة الضابط الكلّي للوكيل ، ولكنه يحتاج أيضاً الى قيد زايد على ما ذكره ، كما نبّه عليه المحقق في عبارة الشرايع بقوله : وكلما له أن يليه بنفسه وتصح النيابة فيه صح أن يكون فيه وكيلا ، والاول احتراز عما لا يصح أن يليه بنفسه ولا يتمكن من مباشرته بنفسه ، كتوكيل المحرم في عقد النكاح ايجاباً وقبولا ، وتوكله في حفظ الصيد وشرائه ، اذ ليس للمحرم أن يلي ذلك بنفسه كما تقدم ذكره .

ومنه الصبي والمجنون كما ذكره في التذكرة فانهما لا يليان ذلك ، ومنه الكافر لا يجوز له تزويج المسلمة ففي جميع هذه المواضع التي لا يملك فيها التصرف لنفسه لا يجوز له أن يكون وكيلا فيها ، الا أن ظاهر ابن ادريس الجواز في الأخير .

والثاني احتراز عما لا تصح النيابة فيه وان صح أن يليه بنفسه ، كالعبادات ونحوها مما تقدم ذكره مما يليه الانسان بنفسه من صلاة وصوم ونحوهما ، فانه لا تصح النيابة فيها ، لكونها مطلوبة من المكلف مباشرة ، ويدخل في هذا الضابط المحجور عليه لسفه أو فلس من جهة ، ويخرج من جهة ، فمن جهة ما حجر عليه التصرف فيه يخرج ، ومن جهة ما خرج عن موضع الحجر مما له التصرف فيه يدخل ، لأنهما يليان لأنفسهما بعض الافعال ، فتصح وكالتهما فيها .

الثانية : يجوز ، للمرئة أن تتولّى طلاق غيرها بلا خلاف ولا اشكال ، لأن

الكراهة ، مع أنـه في النهايـة على ما نقل عنه ، قال : بعدم الجـواز ، ونقله في المختلف أيضاً عن الخلاف والنهايـة وأبي الصلاح ، وهو ظاهر الشيخ المفيد أيضاً ، وقد تقدم ذكر ذلك في المورد الثاني من المطلب الثاني ، والظاهر أنـه لذلك تردد في الشرايع ، وان استوجه بعد ذلك الجواز على الكراهة .

ثم أنه لا يخفى أن اكثر الاصحاب إنما عبروا بالذمي ولا يظهر له وجه ، مع أنه متى ثبت ذلك في الذمي ثبت في غيره بطريق أولى ، والله سبحانه العالم .

الرابعة : قد عرفت مما قدمنا نقله عن الشرايع في المسئلة الأولى جواز أن يكون الوكيل فاسقاً أو كافراً أو مرتداً ، وقال في المسالك في مسئلة عدم اشتراط عدالـة الولي ولا الوكيل في عقد النكاح ما لفظه : وكذا الوكيل في عقد النكاح ، لا يشترط أن يكون عدلاً بل يصح توكيل الفاسق فيه ايجاباً وقبولاً لقبوله النيابة وأصالة عدم اشتراط العدالـة ، إذ لا يتضمن ذلك استيماناً على أمـر خفي كالمال ، خلافاً لبعض الشافعية ، حيث اشترط العدالة فيهما .

وأما اشتراط عدالة الولي في ولايـة المال ففيه خلاف بـين أصحابنا ، وفي التذكرة قطع بأن الفاسق لا ولايـة له ، حتى لو كان عدلاً ففسق انتزع المال منه ، واستشكل في القواعد في باب الوصايا ، انتهى .

أقول : ما نقله عن التذكرة لم أقف عليه في كتاب الوكالة بعد التتبع لابحاث الكتاب المذكـور ، والـذي وقفت عليه إنما هو خـلاف ما نقله ، حيث قال فـي الكتاب المذكور : لو فسق الوكيل لم ينعزل عن الوكالـة اجماعاً ، لأنـه من أهل التصرف إلا أن تكـون الوكالـة مما ينافي الفسق ، كالايـجاب في عقد النكاح عند العامة ، فانـه ينعزل عندهم ، بمجرد فسقه ، أو فسق موكله لخروجه عن أهلية التصرف فيه عندهم ، وعندنا لا ينعزل بالفسق ، إذ لا يشترط العدالة في ولي النكاح ، وأما في القبول وان فسق الموكل لم ينعزل وكيله بفسقه ، لأنه لا ينافي في جـواز قبولـه ، وهل ينعزل الوكيل بفسق نفسه ، فيه للعامـة وجهان : ولو كان وكيلاً

فيما يشترط فيه الأمانة كوكيل ولي اليتيم و ولي الوقف على المساكين ، ونحوه انعزل بفسقه ، وفسق موكله لخروجهما بذلك عن اهلية التصرف ، وان كان وكيلاً لوكيل من يتصرف في مال نفسه انعزل بفسقه ، لأنه ليس للوكيل أن يوكل فاسقاً ، ولاينعزل بفسق موكله ، لأنه وكيل لرب المال ، ولا ينافيه الفسق ، انتهى .

أقول : وأنت خبير بما فيه من الصراحة في صحة كون الوكيل فاسقاً ، وظاهره دعوى الاجماع عليه ، لأن عدم انعزاله بالفسق إنما هومن حيث عدم منافاة الفسق ، لصحة الوكالة كما هوالمذكور في آخر عبارته ، وأن المدار في الوكيل وصحة كونه وكيلا إنما هوعلىأهلية التصرف ، كما قدمنا نقله عنه في المسئلة الأولى ، وان هذا هو الضابط في صحة الوكالة ، وكأنالوجه فيه أن المالك إذا رضىبذلك وسلم اليه ماله وأمره بالتصرف فيه علىالوجه الذي أمره « والناس مسلطون على أموالهم » ولامانع من الصحة ، ولهذا استثنى من ذلك وكيل ولي اليتيم ، ووكيل ولي الوقف الذين قد علم من الشارع أن ولاية موكليهما على ذينك الأمرين إنما هولأجل المحافظة علىذلك ، ومراعات المصلحة ، فلابد من أن يكون عدلاً ، إذلا وثوق بغيره ، بخلاف مال الانسان نفسه ، فانه مخير في دفعه الىمن شاء كيف شاء .

وأما عده منذلك وكيل الوكيل ، فقد تقدم الكلامفيه ، وتطرق المناقشة اليه ، ويظهر من ابنادريس في السرائر أيضاً دعوى الاجماع علىعدماعتبار عدالة الوكيل كما سمعت من كلام العلامة هنا ، حيث قال في مسئلة وكالة الكافر في التزويج : والذي يقوى في نفسيأنه لايمنع من وكالة الكافرمانع في التزويج المذكور ، لأنا لانعتبرالعدالة في الوكيل ، بغيرخلاف ، لأنه لامانع منه من كتاب ولا اجماع ولاسنة متواترة ، انتهى .

ويؤيد ذلك أيضاً ما تقدم في المسئلة الثالثة في بيان مدار الوكالة ، وما

ذكروه بالنسبة الى المرتد من أنه لاتبطل وكالة المسلم بردته ، لأن الردة غير مانعة من صحة الوكالة ابتداء ، فكذا الاستدامة ، كما صرح به في التذكرة وغيره من غير نقل خلاف الا من بعض العامة ، وبما ذكرنا يظهر ما في دعوى شيخنا المتقدم ذكره أن المسئلة في وكالة المال خلافية ، وأن بعضهم ذهب الى اشتراط العدالة فيها ، ومما يؤيد ما قلناه أيضاً ظاهر قوله سبحانه (١) «ومنهم من ان تأمنه بقنطار يؤده اليك» وبالجملة فانه يجب القطع بعدم اشتراط العدالة في الوكيل في كلامهم ، والاصل العدم حتى يقوم الدليل على خلافه ، والله سبحانه العالم .

الخامسة : قال في التذكرة : يجب على الوكيل اعتماد ما عين الموكل وقرره معه ، ولايجوز له المخالفة في شيء ممّا رسمه له ، فيصح تصرف الوكيل فيما وافق الموكل ، ويبطل فيما يخالفه مع صحة الوكالة ، والموافقة والمخالفة قد يعرفان بالنظر الى اللفظ تارة ، وبالقرائن التي تنضمّ اليه أخرى ، وأن القرينة قد تقوى فينزل عليها اطلاق اللفظ .

أقول : هذا من جملة الضوابط في الوكالة أيضاً ، ومرجعه الى أنه لا يجوز له المخالفة عما رسمه الموكل ، الا أن تدل القرائن على ارادته ، ورضي الموكل به أو تشهد العادة بذلك ، ولكن لابد من اطرادها بما دلت عليه ، فانه يكون حينئذ في حكم المعين ، والمرسوم من جهة الموكل .

ويتفرع على ذلك فروع : منها ـ ما لو أذن له في البيع نسيةً فباع نقداً أو عين له ثمناً فباع بأزيد منه ، فانه داخل في المأذون فيه بطريق أولى ، لأنه قد زاد خيراً ، والعرف والعادة يشهدان بذلك ، إلا أنه يجب تقييده بما إذا لم يعلم له غرض في التعيين بذلك وإلا لم يجز التعدي عما رسمه ، وان لم يصرح بالنهي ، لأن الاغراض تختلف في ذلك والمصالح لا تنضبط ، ولو صرح له بالمنع فأولى بعدم الجواز .

(١) سورة آل عمران ـ الاية ٧٥ .

قال في التذكرة لو أمره بالبيع بمأة ، ونهاه عن البيع بالأزيد لم يكن له البيع بالأزيد قطعاً ، لاحتمال تعلق غرضه بذلك ، فلا يجوز له التخطي ، ومنها ما لو أمره بالبيع في سوق معين ، بثمن معين ، فباع في غيرها بذلك الثمن ، أو أطلق ولكن باع بثمن المثل الذي ينصرف اليه الاطلاق صح أيضاً : بناء على أن الغرض تحصيل الثمن الا أنه يجب تقييده بما قدمنا ذكره ، من عدم العلم بالغرض من ذلك التعيين ، فلو علم الغرض منه كما لو كان الراغبون بذلك السوق أكثر ، أو النقد فيها أجود ، أو المتعاملون فيها أسمح ، أو نحو ذلك لم يجز له التخطي ، وعن التذكرة ، أنه اشترط هنا العلم بعدم الغرض ، وعليه فلا يصح في صورة الجهل ، ولا يجوز التخطي .

وكيف كان فانه مع صحة البيع في غير ما عين ، فالظاهر من كلام بعضهم أنه لا يجوز النقل له الى غير ذلك المكان الذي عدل اليه ، والظاهر أنه لخروجه عن الاذن يكون ضامنا بالنقل اليه ، ويكون ضامناً للثمن بعد البيع أيضاً لعين ما ذكر ، وإنما تظهر الفائدة في الحكم بصحة البيع خاصة .

وقال في التذكرة بعد ذكر مسئلة البيع في السوق ـ وعدم تعرضه فيها للضمان وعدمه ـ : ولو قال بعه في بلد كذا احتمل أن يكون كقوله بعه في السوق الفلاني ، حتى لو باعه في بلد آخر جاء فيه التفصيل ، ان كان له غرض صحيح في التخصيص لم يجز التعدي ، وإلا جاز ، لكن يضمن هنا الوكيل بالنقل إلى غير البلد للعين ، وكذا الثمن يكون مضموناً في يده ، بل لو أطلق التوكيل في بلد يبيعه في ذلك البلد فلو نقله صار ضامناً ، انتهى .

وعندي في كل من هذين الكلامين اشكال ، أما الأول وهو الضمان مع النقل إلى تلك البلد الأخرى ، فلانه لا يجا مع ما ذكروه من أنه يصح البيع ، لأن الغرض تحصيل الثمن الا أن يعلم غرضه في التعيين ، فان مقتضى هذا الكلام جواز المخالفة والنقل ، وان هذا الغرض مع عدم المانع المذكور قرينة على جواز المخالفة في

تعيين السوق ، فكأنه بالنظر إلى هذا الغرض وعدم المانع قال له بع بهذا الثمن ان شئت ، فإذا حكم بجواز المخالفة كيف يتعقبه الضمان .

وبالجملة فان المانع من جواز النقل إنما هو العلم بالغرض من التعيين ، وأما مع عدمه فيجوز كما هو ظاهر عبارة التذكرة المذكورة ، وعليه فلا يتم القول بالضمان ، لأنه مأذون في ذلك بمفهوم الكلام المتقدم .

وأما الثاني وهو ما ذكره في التذكرة فإن ظاهره كما عرفت أنه مع عدم العلم بالغرض الصحيح في التخصيص يجوز التعدي ، ثم انه فرق بين الاذن بالبيع في السوق وفي البلد ، فأوجب الضمان في الثاني دون الاول ، ولا أعرف له وجهاً ظاهراً ، وبيان ذلك أنه ذكر مسئلة البيع في السوق أولاً ، ولم يتعرض للضمان بالمخالفة ، ثم ذكر مسئلة البيع في البلد كما نقلناه عنه ، وقال : لكن يضمن هنا ، وهو ظاهر فيما قلناه من تخصيصه الضمان بهذه الصورة ، دون تلك ، وفيه ما ذكرناه .

وبالجملة فانه ان فهم الاذن في المخالفة من الكلام المذكور في كل من هذين الموضعين فانه تجوز المخالفة ، ولا يتعقب ذلك ضمان . وان لم يفهم لم يجز النقل وتعقبه الضمان ، لأنه تصرف في مال الغير بغير اذن ، وفي صحة البيع أيضاً اشكال .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهر كلام كثير منهم الفرق بين السوق وغيرها مما يعينه الموكل ، وتخصيص جواز المخالفة بالسوق خاصة ، إلا مع العلم بالغرض مع التعيين ، وأما غيرها فلا ، وهو مشكل لعدم ظهور الفرق .

قال في التذكرة : يجب على الوكيل تتبع تخصيصات الموكل ، ولا يجوز له العدول عنها ، ولا التجاوز إلا في صورة السوق على ما يأتي ، بل يجب النظر الى تقييدات الموكل في الوكالة ، ويشترط على الوكيل رعاية المفهوم منها بحسب العرف الى آخره ، ويشير الى ما ذكرناه أيضاً ما صرح به المحقق الأردبيلي (رحمة الله عليه) ، ثم ان الأصحاب ذكروا هنا جملة من الفروع في مطولات كتبهم ومرجعها الى ما عرفت في الضابط المتقدم ، والله سبحانه العالم .

السادسة : قد صرحوا : بأن كل موضع يبطل الشراء للموكل إما للمخالفة كما أشير اليه في سابق هذه المسئلة ، أو لانكار الموكل التوكيل ، فان كان سمّى الموكل في العقد لم يقع العقد عن الموكل لعدم الوكالة ، أو للمخالفة ، ولا عن الوكيل ، لأن المذكور في العقد غيره ، كما هو المفروض ، وان لم يكن سمّاه وقع عن الوكيل بحسب الظاهر ، وأما في نفس الأمر فان كان قصده ونواه لنفسه فهو له ، وإن نواه للموكل لم يقع له أيضاً لما تقدم ، والمخرج عن ذلك إما بالمصالحة ، أو بأن يقول الموكل إن كان لي فقد بعته من الوكيل .

أقول : وان أردت زيادة توضيح لهذا المقال فاعلم أن ذلك يقع في موضعين أحدهما أن يكون بطلان الشراء مستنداً الى المخالفة لأمر الموكل ، ولا ريب أنه مع تسمية الموكل في العقد ، والحال أنه قد خالفه فيما وكله فيه فانه لا يقع عنه وإن سمّاه بل يكون فضولياً يتوقف صحته على الاجازة بناءً على المشهور في عقد الفضولي ، ولا يقع عن الوكيل أيضاً لأن المسمّى في العقد غيره ، وأما مع عدم ذكر الموكل في العقد فانه يقع بحسب الظاهر عن الوكيل ، حيث أن الخطاب معه ، وعلى هذا فللبايع أن يأخذ منه الثمن ، ويلحقه جميع الأحكام المترتبة على البيع بناء على ذلك الظاهر ، فان الأحكام إنما تبنى عليه دون نفس الأمر ، ولكن يجب تقييد الحكم بكون الشراء للوكيل كما ذكرنا بأن لا يكون قد شرى بعين مال الموكل ، وإلا فانه يقع فضولياً عن الموكل ، موقوفاً على اجازته ، فان لم يجز بطل ، لأنه يصير كظهور استحقاق أحد العوضين المعيّنين في العقد ، وإن جازه صح .

وكذا يجب الحكم بالبطلان في هذه الصورة إذا علم البايع أن الثمن ملك الموكل ، أو قامت به البيّنة ، ويجب على البايع رد الثمن حينئذ ، وان لم يعلم البايع بذلك ، ولا بيّنة ثبت البيع ظاهراً كما تقدم ، ووجب على الوكيل دفع عوض ذلك الثمن للموكل ، وانما كان الواجب هو العوض ، لتعذر استرجاع عين الثمن ، فان البيع صحيح بحسب الظاهر كما ذكرنا ، واعترافه بالتفريط بسبب

المخالفة ، وللموكل احلاف البايع لو ادعى عليه العلم بأن الثمن له وإلا فلا .

وثانيهما أن يكون بطلان الشراء لانكار الموكل التوكيل ، ولا يخلو إما أن يكون الاشتراء بعين مال الموكل بناء على دعواه الوكالة ، أو في الذمة ، وعلى الأول يكون الشراء فضولياً ، سواء ذكر الموكل لفظاً أو قصده نيّة أو لا فيهما فان أجازه الموكل صح على المشهور في عقدالفضولي ، وان لم يجزه والحال أنه ذكره لفظاً أو كان للموكل بيّنة بأن العين له أو كان البايع عالماً بذلك ، فلا يخلو إما أن يكون الوكيل صادقاً في دعوى الوكالة ، فانه يكون العقد صحيحاً بحسب الواقع ، فاسداً بحسب الظاهر ، وان كان الوكيل كاذباً بحسب الواقع بطل الشراء بالعين في الواقع والظاهر .

وعلى الثاني وهو الشراء في الذمة فان ذكر الموكل لفظاً أو نيّة وقع الشراء له باطناً ان كان صادقاً في دعوى الوكالة ، وبطل بحسب الظاهر من حيث انكار الموكل الوكالة ، وان لم يذكره بالكلية لالفظاً ولانيّة فالشراء للوكيل ظاهراً وباطناً ، وان كان الوكيل مبطلاً في دعوى الوكالة وذكر الموكل بطل البيع مطلقا ، إذ لايصح عن الموكل وان سمّاه ، لأنه مبطل في دعوى الوكالة ، ولا عن نفسه لأن المسمّى في العقد غيره ، وان لم يذكره وقع الشراء للوكيل .

قالوا : وطريق التخلّص في مواضع الاشتباه باحتمال كونه لأيّهما أن يقول الموكل : إن كان لي فقد بعته من الوكيل : ولا يضر التعليق هنا على الشرط في صحة هذا البيع ، لأن الشرط المبطل إنما هو ما أوجب توقف العقد على أمر يمكن حصوله ، وعدم حصوله ، والأمر المعلّق عليه هنا واقع ، بعلم المكلّف حاله فلا يضر جعله شرطاً .

وكذا القول في كل شرط علم وجوده كقول البايع ان كان اليوم الجمعة فقد بعتك كذا مع علمه بكون ذلك اليوم الجمعة ، ولو امتنع الموكل عن البيع جاز للموكل أن يستوفي عوض ما أداه الى البايع عن موكله من المبيع ، ويرد

عليه ما يفضل ان كان في المبيع زيادة على ما استوفاه ، ويرجع اليه بما يزيد له ان نقص المبيع مما استوفاه ، والرجوع عليه هنا بطريق المقاصّة بمعنى أنه إن ظفر بمال الموكل وأمكنه وضع يده عليه ، وكما يحصل التخلّص بما ذكر يحصل أيضاً بالمصالحة ، ويحصل أيضاً بابراء الذمة من الثمن أو يقول ، وهبتك إيّاه هذا ملخص ما ذكروه في المقام ، والله سبحانه العالم .

السابعة : قالوا : لو وكّل اثنين وشرط الاجتماع أو أطلق لم يكن لأحدهما الانفراد ، ولا القسمة ، ولو مات أحدهما بطلت ، وليس للحاكم أن يضم اليه ، ولو شرط الانفراد جاز .

أقول : لاريب في أنه اذا صرح بالانفراد فان كل واحد منهما وكيل على حده ، واذا صرح بالاجتماع لم يكن لأحدهما الانفراد ، والمراد باجتماعهما صدور الأمر الموكل فيه عن رأيهما واتفاقهما على ذلك ، فان كان عقداً فينبغي أن يأذن أحدهما للاخر في ايقاع العقد أو يتفقا على ثالث ، فيوقع الصيغة ، إذ الظاهر جواز الاذن هنا في مثله كما رجحه بعض المحققين ، وقيّده آخرون باقتضاء الوكالة جواز التوكيل ، والافلا ، وبالجملة فان قصد الموكل أن يكون العاقد واحداً لا ايقاع كل منهما الصيغة .

وظاهره في المسالك أيضاً جواز ايقاع كل منهما الصيغة ، واستشكله بعض المحققين بأنه يلزم أن يكون العقد الصحيح غير مؤثر للمطلوب المترتب عليه ، بل يكون موقوفاً على عقد آخر غير معهود في الشرع ، وفي صدق تعريف العقد الصحيح عليه تأمل وتكلف ، انتهى .

وأما مع الاطلاق فان وجدت قرينة تدل على الافراد او الاجتماع وجب العمل بمقتضاها ، والافان ظاهر الأصحاب هو الحكم بالاجتماع ، وعلى هذا فشرط الاجتماع على الخصوص انما يفيد مجرد التأكيد ، لأن مقتضى الاطلاق هو الاجتماع كما عرفت ، والوجه في اقتضاء الاطلاق الاجتماع أن قوله وكلتكما

موجهاً الخطاب اليهما معاً يقتضى كونهما وكيلين ، والأصل في كل منهما على حدة عدم الوكالة . وعدم جواز التصرف الاباذن الموكل ، والاذن انما حصل لهما معاً والمعية يقتضى الاجتماع ، ولو مات أحدهما بطلت الوكالة من أصلها ، كمااذا ماتا معاً ، لأن توكيلهما على جهة الاجتماع يؤذن بعدم رضاه برأى أحدهما ، وتصرفه منفرداً ، وليس للحاكم ضم آخر اليه ، وتنفيذ الوكالة ان كان الموكل غائبا ، بخلاف الوصاية ، فانه متى مات أحد الوصيين المجتمعين فان للحاكم نصب آخر يشاركه في تنفيذ الوصايا ، والفرق بين الموضعين أنه لا ولاية للحاكم هنا على الموكل ، بخلاف الوصي فان النظر في حق الميت واليتيم اليه ، فاذا مات أحدالوصيين صار وجود الاخر كعدمه ، فان الموصى لم يرض برأيه منفرداً وحيث كان الحاكم له النظرفي أمور الميت واليتيم كان عليه أن ينصب شريكاً للوصى في تنفيذ الوصايا .

ومما ذكرنا يعلم بطريق أولى أنه لوغاب أحدالوكيلين المشروط اجتماعهما فليس للحاكم نصب اخر عوضه ، وبذلك صرح في التذكرة أيضا ، وعلله بأن الموكل رشيد جائز التصرف ، ليس للحاكم عليه ولاية ، وأنت خبير ، بأن هذا التعليل إنما يجري في حضور الموكل ، لافي غيبته ، واحتمال جواز ضم الحاكم في صورة الموت والغيبة قائم ، سيما في مقام تطرق الضرر على الموكل ببطلان الوكالة ، وبقاء أموره وماوكل فيه في معرض التلف ، وتطرق الضرر ، والله سبحانه العالم .

الثامنة : قالوا : لووكل زوجته أوعبده ثم طلق الزوجة وأعتق العبد لم تبطل الوكالة ، أما لوأذن لعبده في التصرف في ماله ثم اعتقه بطل الاذن ، لانه ليس على حد الوكالة ، بل هواذن تابع للملك .

أقول : الوجه في الحكم الاول هوعدم مدخليته للزوجية والمملوكية في صحة الوكالة ، فلامنافاة بين الطلاق أوالعتق وبينها ، فيستصحب حكمهافي الحالين

المذكورين ، ويأتي مثل ذلك في العبد لو باعه بعد أن وكله ، وقلنا بصحة وكالته فيما اذا لم يمنع شيئاً من حقوق المولى كما هو أحد القولين المتقدمين في المسئلة الثانية من مسائل هذا المطلب ، فتستصحب صحة الوكالة قبل البيع الى دخوله في ملك المشترى في هذه الصورة .

نعم لو منع ذلك شيئاً من حقوق المولى أو قلنا بالتوقف على الاذن مطلقا كما هو المشهور اشترط في صحتها اذن المشتري ورضاه بذلك .

وأما الوجه في الحكم الثاني فقد عرفته من قوله لأن الاذن ليس على حد الوكالة ، بل هو اذن تابع للملك ، والظاهر أن مرجع ذلك الى الفرق بين الأذن والوكالة ، والعبد هنا انما تصرف بالاذن من حيث وجوب الخدمة عليه لسيده ، فهو مأذون من حيث أنه خادم فمنشأ التصرف انما هو ذلك ، لا الوكالة فان الوكالة أمر مستقل .

وبالجملة فان النظر هنا يرجع الى قصد الموكل لا الى مجرد وقوع اللفظ بالاذن ، فان كان قصده فيه الوكالة المستقلة كغيره من الوكلاء الاحرار كان ذلك وكالة ، انما هو من حيث وجوب الخدمة عليه كساير الخدمات التي يؤمر بها ، فليس ذلك وكالة ، بل اذن ، ويترتب على كل منهما مايلحقه من الأحكام ومن جملة ما يترتب على الأذن هنا هو بطلانه بعد البيع والعتق ، لانه تابع للملك ، وقد زال بكل من السببين المذكورين ، قال في المسالك بعد قول المصنف في الاذن بنحو ما ذكرنا من أنه ليس على حد الوكالة ما لفظه : قد عرفت في أول الوكالة أن صيغتها لاتنحصر في لفظ ، بل تصح بكل مادل على الأذن في التصرف ، وحينئذ فيشكل الفرق بين توكيل العبد ، والاذن له في التصرف حيث لاتبطل الوكالة بعتقه ، ويبطل الاذن الا أن يستفاد ذلك من القرائن الخارجة الدالة على أن مراده من الأذن انما هو مادام في رقه ، ومراده من الوكالة كونه مأذوناً مطلقا ، وحينئذ فلا فرق بين كون الاذن بصيغة الوكالة وغيرها ، مع احتمال الفرق ، فيزول

مع الاذن المجرد، لامع التوكيل بلفظها، حملا لكل معنى على لفظه: ويضعف بما مر، فان الوكالة ليست أمراً مغايراً للأذن، بل تتأدى بكل مادل عليها، ولافرق بين الصيغتين، انتهى.

أقول: لاريب في صحة ماذكره من أن الوكالة ليست إلا مجرد الأذن للوكيل فيما وكل عليه على النحو المتقدم، ويترتب أحكام الوكالة على ذلك، كما تقدم تحقيقه، الا أن الكلام هنا بالنسبة الى أوامر السيد لعبده، فانها لما كانت انما تقع غالباً على جهة الأستخدام المطلوب منه، فالاذن المفهوم من هذه الأوامر ليس على حد الأذن المفهوم من تلك الأوامر الواردة في الأخبار، مثل قول شخص لآخر بع لي هذا أو اشتر لي كذا ونحو ذلك، فان المفهوم من الأخبار أن ذلك الاذن هنا وكالة شرعية، يترتب عليه ما يترتب على الوكالة من الاحكام، بخلاف أوامر السيد على عبده، من حيث أن الغالب أن تلك الأوامر انما تقع على جهة الاستخدام، لأنها وكالة شرعية في كل مقام، والفرق بين الأمرين أظهر من أن يخفى على ذوى الافهام، فحمل بعض أوامر السيد لعبده على الوكالة يحتاج الى قرينة ظاهرة في قصد الوكالة ليترتب عليها مايترتب على الوكالة، والافهي أعم من ذلك كما لايخفى، والله سبحانه العالم.

التاسعة: قالوا لوقال: وكلتك على قبض حقي من فلان لم تكن له مطالبة الورثة بعد موته وقبل قبضه الحق، ولوقال له: وكلتك على قبض حقي الذي على فلان كان له ذلك، والفرق بين الصيغتين أن الجار والمجرور في الصورة الأولى وهوقوله من فلان متعلّق بلفظ قبض، ففيه تعيين للمقبوض منه، وهو المديون، ولا يتعدي الى الوارث، فانه غير المديون.

نعم يتعدى الى وكيل المديون، فيجوز القبض، لأن يده كيده، وهو نائب عنه والفرق بينه وبين الوارث، ان الملك لم ينتقل الى الوارث بحق النيابة عن المورث وانما انتقل اليه بالملك اصالة بخلاف الوكيل، فان يده عليه انماهي بطريق النيابة.

وأمافي الصورة الثانية فان جملة الصلة والموصول فيها وقعت صفة للحق ، وليس فيه تعيين للمقبوض منه بوجه ، بل الاذن معلّق بقبض الحق الذى في ذمة زيد مثلا ، فالوكيل يتبع الحق حيثما كان ، وأينما كان ، قال في التذكرة : لو وكله في قبض دينه من فلان فمات نظر في لفظ الموكل ، فان قال : اقبض حقي من فلان بطلت الوكالة ، ولم يكن له القبض من وارثه ، لأنه لم يؤمر بذلك ، وانما وكله في قبض مبدئه من المديون ، وقدمات وان قال : اقبض حقي الذي على فلان أوالذي في قبل فلان فله مطالبة وارثه ، والقبض منه ، لأن قبضه من الوارث قبض للحق الذي على مورثه ، فاذا قبض من الوارث لم يكن قبضاً من فلان ، لايقال: لوقال اقبض حقي من زيد فوكل زيد أنساناً في الدفع اليه كان له القبض منه فكذا ينبغي أن يقبض من الوارث لأن الوارث نائب الموروث ، كما أن الوكيل نائب الموكل ، لانا نقول : الوكيل اذا دفع عنه باذنه جرى مجرى تسليمه ، لأنه أقامه مقام نفسه ، وليس كذلك هنا ، فان الحق انتقل الى الورثة ، فاستحقت المطالبة عليهم لابطريق النيابة عن الوارث ، ولهذا لوحلف ان لايفعل شيئا حيث يفعل وكيله ، ولايحنث بفعل وارثه ، انتهى .

فان قيل : وصف الحق بكونه من فلان يشعر بحصر القبض فيه ، لأن الصفة اذا زالت بموته لم يكن الحق المتعلّق بالوارث موصوفاً بكونه في ذمة فلان ، ولايكون هو الموكل فيه .

فالجواب أن الوصف انما يفيد الاحترازبه عن دين آخرله في ذمة شخص آخر ، ولااشعارفيه بتخصيص القبض ، ومع فرض أنه لايكون له دين آخرعلى غيره فالصفة هنا لمجرد التوضيح ، فيكون كما لو قال : بع عبدي النائم ، أوالآكل أو ماشا كلهما من الاوصاف ، فان له بيعه وإن انتبه أوترك الأكل ، كذاحققه في المسالك ، والله سبحانه العالم .

المطلب الخامس فيما تثبت به الوكالة :

وفيه مسائل : **الاولى** : قالوا لايحكم بالوكالة بدعوى الوكيل ولاموافقة الغريم ما لم يقم بذلك بيّنة وهي شاهدان ، ولا تثبت بشهادة النساء ولا بشاهد وامرأتين ، ولا بشاهد ويمين .

أقول : وتثبت أيضاً باقرار الموكل على نفسه ، ويظهر من التذكرة أن المستند ـ في عدم ثبوتها بشهادة النساء وشهادة رجل وامرأتين أو شاهد ويمين ـ هو الاجماع ، قال : وتثبت الوكالة باقرار الموكل على نفسه أنه وكله ، وبشهادة عدلين ذكرين ، ولاتثبت بشهادة رجل وامرأتين ، ولا بشهادة رجل ويمين عند علمائنا أجمع .

وظاهر كلام المحقق هنا حيث نسب الحكم بذلك إلى قول مشهور التوقف، فان مرمي هذه العبارة ذلك ، وقال في المسالك بعد نقل عبارة المصنف المشعرة بما ذكرنا هذا هو المذهب ، ولانعلم فيه مخالفا ، ولأن متعلق الشاهد واليمين والشاهد والمرأتين الحقوق المالية ، والغرض من الوكالة الولاية على التصرف ، والمال قد يترتب عليها ، ولكنه غير مقصود بالذات ههنا ويشكل الحكم فيما لو اشتملت الدعوى على الجهتين ، كما لوادعى شخص على آخر وكالة بجعل ، وأقام شاهداً وامرأتين أو شاهداً وحلف معه ، والظاهر أنه يثبت المال ، لا الوكالة ، ولايقدح في ذلك تبعض الشهادة ، ومثله مالوأقام ذلك بالسرقة ، فانه يثبت المال لاالقطع ، ولان المقصود بالذات هنا هو المال لاالولاية نعم لو كان ذلك قبل العمل اتجه عدم الثبوت ، لأن انكار الوكالة أبطلها ، والمال لم يثبت بعد ، ويمكن أن يكون نسبة المصنف القول إلى الشهرة حينئذ المشعر بتوقفه فيه ، لأجل ذلك ، فيكون التوقف في عموم الحكم لا في أصله ، انتهى .

ويمكن تطرق النظر والاشكال إلى بعض مواضع هذا المقال ، منها ما استظهره

من ثبوت المال دون الوكالة فيما لو ادعى الوكيل الجعالة عليها وأقام شاهداً وحلف معه ، أوضم اليه امرأتين ، فان فيه أنه لاريب أن الجعالة فرع على الوكالة ، تابعة لها كما هو المدعى ، فكيف يثبت الفرع مع عدم ثبوت الاصل ، والتابع مع عدم وجود المتبوع ، بل هذا مما تنكره بديهة العقول .

ومنها قوله في السرقة أنه يثبت بذلك المال لا القطع ، يعني لو أقام شاهداً وامرأتين أو شاهداً مع اليمين على أن زيداً سرق يثبت المال المسروق ، ولم يثبت القطع على السارق ، مع أن هذين أعني ثبوت المال والقطع معلولا علة واحدة ، وهي السرقة فان ثبتت ثبتتا ، وإلا فلا ، فكيف يثبت بالبينة المذكورة أحدهما دون الآخر .

وبذلك يظهر بقاء الاشكال الذي ذكره لما عرفت من ضعف ما استظهره فانه لاينطبق على القواعد والاصول بل هو مما تنكره بديهة العقول .

ومنها جملة عبارة المصنف المشعرة بتوقفه على هذه الصورة الخاصة ، وهي انكار الموكل الوكالة قبل عمل الوكيل ، فانه بعيد غاية البعد ، اما أولاً فلأنها صورة نادرة ، لايحسن أن يحمل عليها الاطلاق ، واما ثانياً ، فانه متى كان الانكار في الصورة المذكورة من مبطلات الوكالة ، فلا معنى لفرض المسئلة باقامة الشهادة واليمين معه ، أو ضم المرأتين ، فانه اقامة بينة على أمر قد حصل بطلانه ، بل لايحسن فرضه ، والتمثل به بالكلية كما لايخفى على ذوى الذوق السليم .

وكيف كان فانه لامندوحة عن الحمل على ذلك وان بعد ، لاتفاق الاصحاب المعتضد بالأخبار الدالة على اختصاص الثبوت بهذين الأمرين بالمال ، والوكالة ليست مالاً ، وإنما هي ولاية كما عرفت .

بقي الكلام هنا في شيئين أحدهما ما قدمنا نقله عنهم من قولهم أنه لايحكم بالوكالة بدعوى الوكيل ولا بموافقه الغريم ما لم يقم بينة ، ينبغي تخصيصه بحصول المنازع في الوكالة ، بأن ينكرها الموكل ، والا فان الظاهر أنه لو ادعاها ولا منازع له فانه يصح تصرفه ، والشراء منه ، لأن هذا أحد أفراد القاعدة الكلية ، وهي من ادعى

ولامنازع له فانه يسمع دعواه ، وعلى هذا عمل كافة الناس في ارسالهم الوكلاء بأموالهم الى البلدان البعيدة التى يتعذر فيها اقامة البينة على الوكالة ، ويبيعون ويشترى الناس منهم من غير نكير ولا توقف . وكان الائمة عليهم السلام يفعلون كذلك يرسلون الوكلاء للتجارة لهم في مصر ونحوها فلو لم يقبل دعوى الوكيل الوكالة في ذلك لزم الحرج الشديد ، والضيق ، ويؤيده قبول قول المرأة في الخروج من العدة ، وموت الزوج (١) وأنها حللت نفسها بتزويج محلل ، ثم طلاقه لها ، وخبر الكيس (٢) ، الذي بين أولئك الجالسين فقال أحدهم لمن هذا الكيس الدراهم أو الدنانير ؟ فقال : أحدهم هو لي فقال عليه السلام هو له وبالجملة فالظاهر أن الحكم المذكور لا اشكال فيه ، ولا شبهة تعتريه ، وقد أشبعنا الكلام في تحقيق هذه القاعدة في كتاب الزكاة في مسئلة ما لو ادعى الفقير الفقر هل يسمع دعواه أم لا ؟ ثم ان ظاهر كلامهم أنه في صورة التوقف بالاثبات على الشاهدين ، لابد من ضم حكم الحاكم بذلك في باب الوكالة وغيرها ، الا ما استثني من رؤية الهلال ، فانه يكفى فيه مجرد السماع عن الشاهدين ، كما هو ظاهر جملة من أخبار تلك المسئلة ، وقد تقدم تحقيقه في كتاب الصيام .

قال في التذكرة : ولو قال يعني الوكيل الذي شهد عدلان على وكالته ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته ، لقدحه في شهادتهما على اشكال ، أقربه ذلك ، ان طعن في الشهود ، والافلا ، لأن الاعتبار بالسماع عند الحاكم ، وجهله بالعدالة مع علم الحاكم بها بنفسه أو بالتزكية لا يضر في ثبوت حقه ، انتهى .

وربما أشعر هذا الكلام بأنه مع معرفته عدالتهما ، فانه لا يحتاج إلى ضم حكم الحاكم ، وكيف كان فهذا الفرض المذكور إنما يكون في غير صورة النزاع بانكار الموكل الوكالة وادعاء الوكيل لها ، وقد عرفت أنه لا تتوقف الوكالة

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ باب أنها مصدقة على نفسها ح ١ و ٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٦ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٩٢ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٨ ص ٢٠٠ ح ١ .

هنا على البينة بل يقبل مجرد دعوى الوكيل لها من غير راد لدعواه ، ولا منازع .

وثانيهما أن الظاهر من كلامهم عدم ثبوتها بالاستفاضة حيث خصوا الثبوت بالاقرار والعدلين ، ويحتمل أن يكون الحصر اضافيا بالنسبة إلى رجل وامرأتين أو رجل ويمين ، ونحوهما من شهادة النساء ، وشهادة رجل وحده ، فلا ينحصر في الأمرين المذكورين ويؤيده أنهم جمعوا بين العدلين ، والاستفاضة في مواضع .

والظاهر عدم الفرق بين هذه المواضع ، الا أن الظاهر الوقوف على ما ثبت بالدليل ، فان الأحكام الشرعية صحة وبطلاناً وجوازاً وتحريماً يدور مدار الأدلة الشرعية ، وقد ثبت هنا ثبوته بالاقرار ، للأدلة الدالة على (١) « أن اقرار العقلاء على أنفسهم جايز » والعدلين للروايات الدالة على الثبوت بهما في جميع أبواب الدعاوي فغيرهما يتوقف على الدليل .

وما ربما يتوهم من كون الاستفاضة ربما كانت أقوى من الشاهدين مدفوع بأن العمل بالشاهدين ليس من حيث افادة الظن ، و حصول الظن بهما ، كما قيل فإذا حصل ما هو أقوى منه ثبت به بطريق الأولوية بل إنما ذلك من حيث كونه تعبداً محضاً فأنه كثيراً ما يحصل الظن الاقوى منهما بغيرهما من الاسباب ، ومع ذلك فلا يجوز الحكم به ، ولهذا ان بعض الأصحاب جعل شهادة الشاهدين إنما هي من قبيل الأسباب الموجبة للحكم على الحاكم الشرعي لا من حيث افادة الظن ، والله سبحانه العالم .

الثانية : المشهور في عبارات الاصحاب وكذا غيرهم أن شاهدي الوكالة اذا اختلفا في تاريخ ما شهدا به لم تثبت الوكالة ،وكذا لو اختلفا في اللغة عربية وفارسية ، وكذا في العبارة بان يقول : أحدهما بلفظ وكلتك ، ويقول الآخر : بلفظ استنبتك ، بل لابد من اتفاقهما في كل من هذه الامور المذكورة ، أما لو كانت

(١) التهذيب ج٨ ص٢٣٥ ح٧٩ و ٨٠ ، الكافي ج٧ ص٢١٩ باب ما يجب على من أقر على نفسه بحد ومن لا يجب عليه الحد ، الوسائل ج١٦ ص١٣٣ ح٢ الباب٣ من أبواب الاقرار .

الشهادة على الاقرار بها فانها لا يضر ذلك .

قال في التذكرة : من شرط قبول الشهادة اتفاق الشاهدين على الفعل الواحد ، فلو شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة ، وشهد الآخر أنه وكله يوم السبت لم تثبت البينة ، لان التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت ، فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد ، ولو شهد أحدهما أنه أقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد أنه أقر يوم السبت ، ثبتت الشهادة ، لأن الاقرارين اخبار عن عقد واحد ، ويشق جمع الشهود على اقرار واحد ليقر عندهم في حالة واحدة ، فجوز له الاقرار عند كل واحد وحده رخصة للمقر ، وكذا لو شهد أحدهما أنه أقر عنده بالوكالة بالعربية ، وشهد الآخر أنه أقر بها بالعجمية ثبتت الوكالة ، ولو شهد أحدهما أنه وكله بالعربية ، وشهد الآخر أنه وكله بالعجمية لم تثبت ، لأن الانشاء هنا متعدد ولم يشهد بأحدهما شاهدان ، وكذا لو شهد أحدهما أنه قال : وكلتك ، وشهد الآخر أنه قال : أذنت لك في التصرف ، أو قال : جعلتك وكيلاً أو شهد أنه قال جعلتك جرياً أي وكيلاً لم يتم الشهادة ، لاختلاف اللفظ ، ولو شهد أحدهما أنه وكله ، وشهد الآخر أنه أذن له في التصرف ، ثبتت الشهادة لأنهما لم يحكيا لفظ الموكل ، وانما عبرا عنه بلفظهما واختلاف لفظهما لا يؤثر اذا اتفق معناه ، انتهى وعلى هذا النهج كلامه في سائر كتبه وغيره .

الا أن ظاهر كلام الشرايع هو صحة الشهادة في صورة الاختلاف في الوكالة كما في الاقرار وظاهره عدم الفرق بين الوكالة والاقرار في صحة الشهادة حيث قال : ولو شهد أحدهما بالوكالة في تاريخ ، والآخر في تاريخ آخر ، قبلت شهادتهما نظراً الى العبارة في الاشهاد ، اذ جمع الشهود لذلك في الموضع الواحد قد يعسر ، وكذا لو شهد أحدهما أنه وكله بالعجمية ، والآخر بالعربية ، لأن ذلك يكون اشارة الى المعنى الواحد ، ولو اختلفا في لفظ العقد بأن يشهد أحدهما أن الموكل قال : وكلتك ، ويشهد الآخر أنه قال : استنبتك لم تقبل ، لأنها شهادة على عقدين

اذ صيغة كل واحد منهما مخالفة للأخرى ، وفيه تردد ، اذ مرجعه الى أنهما شهدا في وقتين ، أما لوعدلا من حكاية لفظ الموكل واقتصرا على ايراد المعنى جاز ، وان اختلفت عبارتهما ، انتهى .

أقول : الظاهر أن القول الاول هو الأنسب بالقواعد والاصول ، والأقرب عند التأمل في هذه النقول ، لما تقدم في كلام التذكرة ، وتوضيحه أن الصيغة الواقعة في أحد اليومين غير الواقعة في اليوم الآخر ، وكل واحدة من الصيغتين المذكورتين لم يقم عليها شاهدان ، بل شاهد واحد ، وقول المحقق هنا في تعليل ما ادعاه من الصحة ، نظراً الى العادة في الاشهاد الى آخره لامعنى له ، الا أن يحمل الاشهاد في اليوم الثاني على الاقرار ، لاعلى التوكيل ، وهو خارج عن محل البحث والمدعى ، لأن الصيغة متى حصلت في اليوم الاول فقد تم العقد بها ، وما تأخر انما يكون اقراراً واعترافاً بها ، والمدعى انما هو الشهادة على الوكالة وانها هل تثبت مع اختلاف التاريخ أم لا ؟ لا الاقرار ، فيكون كلامه خروجاً عن محل البحث ان حمل على ارادة الاقرار ، والافهو لامعنى له بالكلية لما عرفت ، والفرق بين الشهادة على التوكيل والشهادة على الاقرار في أنه تصح الشهادة في الثاني مع الاختلاف في التاريخ ونحوه مما تقدم ، دون الاول ، أن الوكالة انشاء لاخارج له يقصد مطابقته ، والاقرار له خارج نفس أمري يقصد بالأخبار مطابقته ، ولايلزم من تعدد الخبر تعدد الخارج ، فان الانسان يفعل فعلا ، ويخبر بذلك الفعل مراراً متعددة في أوقات متعددة بألفاظ مختلفة أو متحدة ، والأمر الخارج لادخل له في ذلك ، ولا يتعلق به تعدد ، ولا اختلاف بتعدد الاخبار واختلافه . بخلاف الوكالة التي هي انشاء لاواقع له يقصد مطابقته ، فان تعدد زمانه ومكانه واختلاف صيغته توجب اختلافه ، ومع هذا الاختلاف فانه لم يقم البينة الشرعية ، وهي العدلان على فرد من هذه الأفراد المختلفة ، بل انما قام بها شاهد واحد ، كما هو المفروض ، ومن اجل ذلك يثبت الاقرار مع الاختلاف دون الوكالة .

وأما قول المحقق الأردبيلي انتصاراً لما ذكره المحقق هنا حيث قال بعد كلام في المقام : أيضاً لم نجد لهم دليلا على عدم اعتبار اتحاد الشاهد للقبول على كل عقد من العقل والنقل ، بل نجده مجرد الدعوى ، فلم لا يجوز الاكتفاء بشاهد واحد في كل عقد اذا كان مما يقبل التعدد ، ولايضره ، فانه من الجايز أن يقول عند شاهد عدل يوم الجمعة وكلتك ، وفي يوم السبت عند آخر (وكيل كردم شمارا) ، لغرض من الأغراض مثل الاشهاد كما في الاقرار الى آخره ، ففيه أنه لا ريب أنه بالتوكيل في يوم الجمعة قد حصلت الوكالة الشرعية المترتب عليها أحكامها المقررة ، وهذا التوكيل الثاني في يوم السبت ان قصدبه التوكيل ، والانشاء كما هوالمفهوم من كلامه فهو لايخرجه عن اللغو في القول ، لما عرفت من ثبوت التوكيل وحصوله ، وترتب أحكام التوكيل عليه بلا خلاف ، وان أريد الاقرار والاعتراف تم ماذكره ولكنه خلاف ما أراده ، وبذلك يظهر لك ما في قوله ، فلم لايجوز الاكتفاء بشاهد واحد في كل عقد اذا كان مما يقبل التعدد ، فاني لاأعرف لقبول عقد الوكالة هنا التعدد دون غيره من العقود وجهاً ، فانه ان ثبت الوكالة بما يترتب عليها بالعقد الأول ، فلامعنى لهذا التعدد ، والا فلاتورد ، بل الثاني في الحقيقة إنما يرجع الى الاقرار والاعتراف كما هوظاهر لمن تأمل بعين الانصاف .

أقول : ومما يمكن أن يؤيد به القول المشهور ما هو المفهوم من جملة من قضايا أميرالمؤمنين عليه السلام في تفريق الشهود متى حصلت الريبة في شهاد تهم من الأخذ بالمشخصات الزمانية والمكانية والقولية ونحوذلك ، وانه متى اختلفت الشهود في ذلك أبطل شهادتهم ونقل عليه السلام مثله عن داود ودانيال عليهما السلام والأخبار المشار اليها مشهورة (١) ، والله سبحانه العالم .

الثالثة : لوادعى الوكالة عن غائب في قبض ماله ، وكان لذلك الغائب مال عند أحد فان كان ثمة بينة على الوكالة وجب تسليم ذلك اليه ، وان لم تكن

---

(١) الوسائل ج ١٨ ص ٢٠٢ ح ١ .

بينة فلايخلو اما أن ينكر الغريم الوكالة ، أو يصدقه ، وعلى الثاني فاما أن يكون الحق عيناً أو ديناً فهنا صور أربع ، الأولى : أن يقيم الوكيل البينة على دعوى الوكالة وقد عرفت أنه لااشكال في وجوب الدفع اليه ، في هذه الصورة ديناً كان أو عيناً .

الثانية : أن ينكر الغريم الوكالة ولا بينة فانه لايكلف بالدفع اليه لعدم البينة وعدم تصديقه ، وقيل : لا يمين أيضاً على الغريم ، ومن عنده المال هنا ، لأن اليمين عندهم إنما يتوجه على من لو صدق يلزم بمقتضى تصديقه ، كذا قيل ، وفيه نظر سيأتي انشاء الله ذكره ، فلودفع بناء على الظاهر مع كونه غير مكلّف بالدفع ثم حضر الموكل وأنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه ، فاذا حلف على نفي الوكالة رجع على الدافع ويرجع الدافع على مدعى الوكالة ، لأنه انما دفع اليه بناءً على الظاهر ، فاذا تبين خلافه وقد غرم للمالك رجع بذلك عليه بلا اشكال .

الثالثة : أن يصدق الغريم مدعى الوكالة ، والحق الموكل فيه عين في يده ، والحكم أنه لايؤمر بالتسليم اليه لجواز كذبهما معاً ، وهذا الاقرار إنما تعلق بحق المالك فلايسمع ، لأن له أن يكذبهما معاً ، لكن لو دفع والحال هذه جاز بناءً على علمه بصحة الوكالة وتصديقه له فيها ولأنه لامنازع غيرهما الآن ويبقى الموكل على حجته ، فاذا حضر وصدق الوكيل برئت ذمة الدافع ، وان كذبه فالقول قوله مع يمينه ، فان كانت العين موجودة أخذها ، وله مطالبة من شاء منهما بالرد ، لترتب أيديهما عليها وان تعذر ردها لتلف أو غيره ، تخير في الرجوع على من شاء منهما ، لما عرفت من ترتب الأيدي عليها ، فان رجع على الوكيل لم يرجع على الغريم مطلقا لاعترافه ببرائته بدفعها اليه ، وان رجع على الغريم لم يرجع على الوكيل ان تلفت في يديه بغير تفريط لأنه عنده أمين حيث صدقه في دعوى الوكالة ، وإلا رجع عليه ومنه يظهر أنه لارجوع للغارم منهما على الآخر لو تلفت بغير تفريط منهما ، لما عرفت ، ولأنه مظلوم بزعمه ، والمظلوم لايرجع الا على ظالمه .

الرابعة : الصورة بحالها ويكون الحق ديناً ، وهل الحكم هنا كما تقدم في

تقدم في سابق هذه الصورة أو أنه يجب الدفع اليه ؟ وجهان : للأول منهما أن تسليمه إنما يكون عن الموكل ، ولا يثبت اقرار الغريم عليه استحقاق غيره لقبض حقه ، ولأن التسليم لا يؤمر به إلا اذا كان مبرءاً للذمة ، ومن ثم يجوز لمن عليه الحق الامتناع من تسليمه لمالكه حتى يشهد عليه وليس هنا كذلك ، لأن الغائب يبقى على حجته ، وله مطالبة الغريم بالحق لو أنكر الوكالة ، وللثاني ان هذا التصديق انما اقتضى وجوب التسليم من مال المقر نفسه ، لا من مال الموكل ، وانكار الغائب لا يؤثر في ذلك ، فلا مانع من نفوذه ، ولعموم اقرار العقلاء على أنفسهم جائز .

أقول : ومن أجل ذلك تردد في الشرايع ، وفي التذكرة ذكر الوجه الثاني احتمالاً ، ولم يتعرض لذكر الوجه الاول ، فقال : وان كان ديناً احتمل وجوب الدفع اليه ، لاعترافه بأنه مستحق للمطالبة ، والفرق بين الدين والعين ظاهر ، فان المدفوع في الدين ليس عين مال الموكل ، وأما العين فانه عين مال الغير ، ولم يثبت عند الحاكم أنه وكيل ، فلم يكن له أمره بالدفع ، انتهى .

وظاهر المسالك هنا اختيار الوجه الثاني حيث أجاب عن أدلة الوجه الأول بعد ذكر ما نقلناه من أدلة الوجه الثاني المتضمنة للجواب أيضاً عن بعض تلك الادلة ، فقال : وتوقف وجوب التسليم على كونه مبرءاً مطلقاً ممنوع ، والبراءة هنا بزعمه حاصلة ، والاحتجاج بجواز الامتناع للاشهاد إنما يقتضيه على المدفوع اليه ، وهو ممكن بالنسبة إلى مدعي الوكالة ، فوجوب الدفع هنا أوجه ، انتهى .

ثم إنه لو حضر المالك وأنكر الوكالة فالقول قوله بيمينه ، ويطالب الغريم وان كان ما دفعه الغريم إلى الوكيل موجوداً بعينه ، لأن ذلك ليس مال المالك كما تقدمت الاشارة اليه ، وإنما هو من مال الدافع ، لأن الدين لا يتعين إلا بتعيين مستحقه ، أو من يقوم مقامه والحال أن هذا القابض ليس أحدهما

نعم للغريم الرجوع على الوكيل بما دفعه مع بقاء العين أو تلفها بتفريط لا بدونه ، لأنه من حيث تصديقه له على الوكالة فهو أمين عنده ، والأمين لا يضمن

بدون تفريط ، ويأتي بناء على الوجه الثاني من وجهي هذه الصورة أن الغريم لولم يصدق المدعي كما تقدم في الصورة الثانية ، وكان الحق ديناً أنه لو ادعي عليه الوكيل العلم بالوكالة ، فله عليه اليمين بعدم العلم ، لأنه لوأقر لزمه التسليم ، وهي قاعدة كلية عندهم .

قال المحقق : وكل موضع يلزم الغريم التسليم لوأقر يلزمه اليمين إذا أنكر ، فاطلاق عدم اليمين كما تقدم عن جملة منهم ثمة ليس في محله ، بل إنما يتم في العين حيث أنه لايلزم بدفعها بمجرد التصديق كما تقدم ، والله سبحانه العالم .

المطلب السادس في اللواحق :

وفيه مسائل : **الاولى :** المشهور في كلام الأصحاب بل ادعي عليه الاجماع أن الوكيل أمين لايضمن الا مع التعدي أو التفريط ، وقال في شرح القواعد : أنه يلوح من كلامهم أنه لاخلاف في ذلك بين علماء الاسلام .

أقول : ان اريد بكونه أميناً هو قبول قوله بيمينه في كل ما يدعيه من تلف المبيع والثمن بعد قبضه ، ورده على الموكل مثلاً ، وقبول قوله في فعل ما وكل فيه ونحو ذلك فكلامهم لايساعد عليه ، وان أريد أن ذلك في بعض هذه الأفراد فالأولى التخصيص بتلك الأفراد المرادة ، إلا أن تعليلاتهم في المقام يقتضي العموم كما ستقف عليه ، وها نحن نسوق لك جملة من عبائرهم في المقام .

قال في المسالك ـ بعد قول المصنف لو اختلفا في التلف فالقول قول الوكيل لأنه أمين ، ولأنه يتعذر اقامة البينة بالتلف غالباً فاقتنع بقوله دفعاً لالتزام ما تعذره غالب ، مالفظه ـ : المراد تلف المال الذي بيده على وجه الأمانة لتدخل فيه العين الموكل في بيعها قبله ، وثمنها حيث يجوز له قبضه بعده ، والعين الموكل في شرائها كذلك ، ووجه القبول مع مخالفته للأصل بعد الاجماع ماذكره

المصنف ، ولافرق بين أن يدعي تلفها بسبب ظاهر كالحرق والغرق ، أوخفي كالسرق عندنا ، وفي حكمه الأب والجد والحاكم وأمينه والوصي ، وقد تقدم الخلاف في قبول قول بعض الأمناء ، انتهى .

وقال في التذكرة : الوكيل أمين ، ويده يد أمانة لايضمن ما يتلف في يده الا بتعد أو تفريط ، فان تلف ما قبضه من الديون والأثمان أو الاعيان من الموكل أو غرمائه فلا ضمان عليه ، سواء كان وكيلاً بجعل أو بغير جعل ، فان تعدي فيه كما لو ركب الدابة أو لبس الثوب أو فرط في حفظه ضمن اجماعاً ، و كذا باقي الأمانات كالوديعة وشبهها ، وبالجملة الأيدى على ثلاثة أقسام : يد أمانة كالوكيل والمستودع والشريك ، وعامل المضاربة ، والوصي والحاكم وأمين الحاكم ، والمرتهن والمستعير على وجه يأتي ، ويد ضامنة كالغاصب والمستعير على وجه ، والمساوم والمشتري شراء فاسداً ، والسارق ، ويد مختلف فيها ، وهي يد الأجير المشترك كالقصار والصائغ والحايك والصناع وما أشبه ذلك ، وفيها للشافعية قولان ، وعندنا أنها يد أمانة ، إذا عرفت هذا فكل يد أمانة لاضمان على صاحبها الا بتعد أو تفريط ، لأنه لو كلف الضمان لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع الحاجة اليها ، فيلحقهم الضرر ، فاقتضت الحكمة زوال الضمان عنهم ، انتهى .

وقال في موضع آخر : إذا ادعى الوكيل تلف المال الذى في يده للموكل أوتلف الثمن الذي قبضه بثمن متاعه ، وأنكر المالك قدم قول الوكيل مع يمينه ، وعدم البينة ، لأنه أمينه ، فكان كالمودع ، ولأنه قد يتعذر اقامة البينة عليه ، فلا يكلف ذلك ، ولافرق بين أن يدعى التلف بسبب ظاهر ، إلى آخر كلامه .

وقال في موضع آخر : إذا اختلفا في الرد فادعاه الوكيل وأنكره الموكل ، فان كان وكيلاً بغير جعل احتمل تقديم قول الوكيل ، لأنه قبض المال لنفع مالكه ، فكان القول قوله مع اليمين كالودعي ، ويحتمل العدم ، لأصالة عدم الرد ، والحكم في الاصل ممنوع ، وان كان وكيلاً بجعل ، فالوجه أنه لايقبل قوله ،

لأنه قبض المال لنفع نفسه ، فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير ، وهو أحد قولي العامة .

والثاني أن القول قول الوكيل ، لأنه وكيل ، فكان القول قوله كالوكيل بغير جعل ، لاشتراكهما في الأمانة ، وسواء اختلفا في رد العين أو رد ثمنها ، وجملة الأمناء على ضربين : أحدهما ـ من قبض المال لنفع مالكه لاغير ، كالمودع والوكيل بغير جعل ، فيقبل قولهم في الرد عند بعض الفقهاء من علمائنا وغيرهم لأنه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس عن قبول الامانات ، ولحق الناس الضرر ، والثاني ـ من ينتفع بقبض الأمانة كالوكيل بجعل ، والمضارب ، والأجير المشترك والمستأجر ، والمرتهن ، فالوجه أنه لا يقبل ، وهذا الكلام مؤذن بأن الوكيل ليس أميناً مطلقاً ، وإلا لقبل قوله في الرد ، وسيأتي مزيد تحقيق لهذا الحكم انشاء الله تعالى في مسائل النزاع .

وقال في مواضع آخر إذا ادعى الوكيل الرد الى الموكل ، فالاقوى أنه يفتقر الى البيّنة ، ثم نقل عن الشافعي تقسيم الأمناء الى ثلاثة أقسام : قسم يقبل قوله في الرد بيمينه ، وهم المودعون ، والوكلاء بغير جعل ، ومنهم من لايقبل إلا ببيّنة وهم المرتهن والمستأجر ، ومنهم من اختلف فيه على وجهين ، وهم الوكلاء بجعل والشريك ، والمضارب ، والأجير المشترك الى آخره .

وهذا الكلام يؤذن بأنه لافرق بين الوكيل بجعل وغيره في عدم قبول قوله إلا بالبيّنة ، مع أن ظاهره في الكلام الأول التردد فيما إذا لم يكن الوكالة بجعل ، وقال في موضع آخر : إذا وكله في بيع أو هبة أو صلح أو طلاق أو عتق أو ابراء أو غير ذلك ، ثم اختلف الوكيل والموكل فادعى الوكيل أنه تصرف كما أذن له ، وأنكر الموكل وقال : لم يتصرف بعد ، فان جرى هذا النزاع بعد عزل الوكيل لم يقبل قوله إلا ببيّنة ، لأن الأصل العدم ، وبقاء الحال كما كان وان جرى قبل العزل فالأقرب أنه كذلك ، وأن القول قول الموكل ، لأن الأصل

العـدم الى آخره ، وسيأتي الكلام في هذه المسئلة أيضاً ، و تصريح غـيره بخلاف ماصرح به ، ومرجعه الى الخلاف في قبول قول الوكيل وعدمه ، وبذلك يظهر لك أن ما ادعى من الاجماع المتقدم ذكره غير تام إلا في صورة دعوى التلف ، حيث أن ظاهرهم الاتفاق على قبول قول الوكيل فيه .

وأما دعوى الرد ودعوى التصرف فهو محل خلاف واشكال عندهم ، مع أن التعليل الذي ذكروه في قبول دعوى التلف زايداً على الاجماع ، وهو لزوم امتناع الناس عن قبول الأمانات مع الجاء الحاجة إلى ذلك ، جار في هذين الأمرين .

وبالجملة فان المسئلة لعدم النص في هذه الأفراد المعدودة ، بـل في أصل مسئلـة الوكالة لايخلـو من الاشكال ، والاجمـاع المدعي لوسلم حجيته غـير تام ، والتعليلات المذكورة في كلامهم لاتصلح لتأسيس الاحكام الشرعية كما تقدم ذكره في غيرمقام ، والأصالة متعارضة في بعض هذه المواضع ، فان أصالة العدم في دعوى الوكيل التصرف فيقدم قول الموكل ، معارضة بأصالة برائة الذمة ، وعدم الغرم وحمل أفعال المسلمين على الصحة مهما أمكن ، كما يشير اليه كثير مـن الأخبار الا أنه يمكن أن يقال : لايخفى أن مقتضى الأخبار التي تقدمت في كتاب الوديعة دالة على النهي عن اتهام من ائتمنه ، المشعر ذلك بقبول قوله في جميع ما يدعيه ، كـون الوكيل كذلك وأن كـان بجعل ، لأن الجعل إنما هـو في مقابلة السعي والعمل ، وهو غير مناف للايتمان ، ولاريب أن الايتمان في الوكالة أشد وأبلغ منه في الموادعة ، لأنه في الوكالة مؤتمن على الحفظ والتصرف بجميع أنواع التصرفات المأذون فيها ، بخلاف الودعي فانـه مأمون على الحفظ خاصـة ، ولاريب أيضاً أن الايتمان الـذي رتبت عليه هـذه الأحكام في الوديعة ليس الا عبارة عن الوثـوق بالمدفوع اليه في عدم الخيانة ، والمخالفة لأمر المالك ، ولهذا وردت الأخبار (١)

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٩٩ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٨ ح ٨ المنقول مضمون الاحـاديث .

« ما خانك الأمين ، ولكن ائتمنت الخائن » ، بمعنى أنه متى حصلت الخيانة من المدفوع اليه فالتقصير إنما هو منك ، حيث لم تثبت في الفحص عن حال المدفوع اليه ، وكونه أميناً والا فمتى ثبت عندك أمانته والوثوق به ، فانه لايحصل منه خيانة ، والايتمان بهذا المعنى مشترك بين جميع الأمناء ودعياً كان أو وكيلاً أو مستعيراً أو مرتهناً .

وبه يظهر أن الفرق الذي ذكروه بين هذه الافراد ـ باعتبار مصلحة تعود على الأمين ولا يقبل قوله ، وعدمها فيقبل ـ ليس بموجه ، نعم قد استثنى بعض المواضع في مسئلة الاعارة من هذه القاعدة ، فيقتصر فيه على مورد النص ، وهذا هو الظاهر عندي من الأخبار المشار اليها ، وان كان كلامهم على ما عرفت من الاختلاف والاضطراب في جميع هذه الأبواب ، والله سبحانه العالم .

الثانية : يجب على الوكيل تسليم ما في يده إلى الموكل مع المطالبة وعدم العذر ، بل يجب على كل من في يده مال لغيره ، أو في ذمته ذلك ، فلو امتنع والحال كذلك ضمن ، الا أن له الامتناع حتى يشهد صاحب الحق له بالقبض .

وتفصيل هذا الاجمال يقع في مواضع ـ الأول : لاريب في وجوب الدفع مع الطلب وامكان الدفع ، وأنه لو امتنع والحال هذه ضمن ، قالوا : وليس المراد به القدرة العقلية ، بحيث يدخل فيها فعل ما يمكنه فعله من المبادرة ، وان كان على خلاف العادة ، بل يرجع ذلك إلى العرف شرعاً ، ثم إلى العرف العام ، ويعذر بما عد عذراً فيهما ، وان كان مقدوراً كاكمال الصلاة عند الطلب في اثنائها ، وان كانت نفلاً ، والتشاغل بها عند ضيق الوقت وان كان الطلب قبل الشروع فيها عذر شرعي ، والفراغ من الحمام وأكل الطعام ونحو ذلك من الاعذار العرفية ، كذا صرح به في التذكرة ، مع أنه في باب الوديعة من الكتاب المذكور حكم بأنه لايعذر في ردها مع الطلب الا بتعذر الوصول إلى الوديعة ، واكمال الصلاة الفرض دون النفل ، وغيره من الاعذار العرفية فضيق الأمر في الوديعة ،

ووسعه في الوكالة ، والحال أن العكس كان هو الأنسب ، لأن الأمر في الوديعة أسهل حيث أنها مبنية على الاحسان المحض والأنسب بالسهولة ، والوكالة قد يتعلق بها أغراض للوكيل ، كالجعل فيها ونحوه ، فلا أقل من المساواة .

قال المحقق الأردبيلي في شرح الارشاد : الظاهر أنه لا خلاف في وجوب تسليم مال الغير إلى مالكه مع طلبه ، والقدرة على التسليم مطلقاً ، وجوباً فورياً وكيلاً كان أو غريماً ، أو مستعيراً أو ودعياً وكذا في خروج الأمين عن الأمانة فيصير ضامناً بالتأخير كالغاصب ، وإنما الخلاف في بطلان ما ينافي الدفع من العبادات ، والقوانين الأصولية تقتضي البطلان على تقدير بقاء الوجوب ، لوجوب الفورية في الدفع ، وعدم استثناء وقت العبادة ، وعدم كون العبادات مضيّقة ، وهو ظاهر بل نجد الاتفاق في ذلك بعد التأمل ، حيث نجد أن القائل بالعدم يقول به ، وكذا الحكم في كل الفوريات كالزكاة والخمس والمال الموصى به للفقراء ، بل ما دفع للصرف في مصرف ، الا أنه لا يشترط هنا المطالبة إذا كان المصرف عاماً مثل الزكاة والخمس ، فانه لا يتوقف على الطلب ، إذ ليس له مطالب معين ، صرح به في الدروس ، انتهى .

أقول : ما ذكروه من الاختلاف في الحكم ببطلان ما ينا في الدفع من العبادات مبنى على العمل بالقاعدة الأصولية المشهورة ، وهي أن الأمر بالشيء هل يقتضي النهي عن ضده الخاص أم لا ؟ وحيث انه كان من القائلين باقتضاء الأمر ذلك ، بل المبالغين في تشييد هذا القول ، حكم بالبطلان في جميع هذه المواضع المعدودة .

وفيه أولا ما قدمنا تحقيقه في كتاب الطهارة (١) من أن الأظهر عدم العمل بهذه القاعدة ، وما يترتب عليها من الفائدة ، ولا بأس بذكره هنا وان استلزم التكرار لدفع ثقل المراجعة على النظار ، سيما مع عدم حضور ذلك الكتاب المشار اليه بيد من أراد الوقوف عليه .

---

(١) ج ١ ص ٥٩ .

فأقول : التحقيق عندي وان أباه من ألف بالقواعد الاصولية إنا متى رجعنا في الأحكام الشرعية الى الأدلة العقلية التي لاتقف على حدولا ساحل ، ولوطويت لها المراحل ، ولهذا كثرت في هذه المسئلة الابحاث ، وصنفت فيها الرسائل ، أو تصادمت فيها من الطرفين الدلائل واضطربت فيها أفهام الأفاضل أشكل الامر ، أي اشكال وصار الداء عضالاً وأي عضال ، والحق أن الاحكام الشرعية توقيفية من الشارع لامسرح للعقول فيها ، ولو كان لهذه المسئلة أصل مع عموم البلوى بها لخرج عنهم عليهم السلام مايدل عليها أويشير اليها ، وحيث لم يخرج عنهم عليهم السلام فيها شيء سقط التكليف بها ، اذلاتكليف الا بعدالبيان ولامؤاخذة الابعد اقامة الحجة والبرهان ، وهذا يرجع في التحقيق إلى ماقدمنا ذكره في غير موضع من كتب العبادات ، وبه صرح الأمين الاسترابادي من الاستدلال بالبرائة الاصلية ، والعمل بها فيما يعم به البلوى من الأحكام ، هذامع أن القول بذلك موجب للحرج والضيق المنفيين بالآية والرواية ، والاجماع ، فانه لايخفى أنه لايكاد أحد من المكلفين فارغ الذمة من واجب من الواجبات البدنية أو المالية ، واللازم على هذا القول الذي ذكروه بطلان عباداتهم وصلواتهم في غير ضيق الوقت ، وبطلان نوافلهم ومستحباتهم ، وعدم الترخص في أسفارهم ولزوم الا ثم والمؤاخذة في جملة أفعالهم من أكل وشرب ونوم ونكاح ، ومغداً ومجييء ، ونحو ذلك ، لأن الغرض أنهم منهيون عن هذه الاضداد الخاصة ، والنهي حقيقة في التحريم ، فأي حرج وضيق أعظم من ذلك .

ومن أظهر ما يدل على عدم التكليف بهذه الامور التي لم يرد فيهاحكم بنفي ولا اثبات ، قول مولانا الصادق عليه السلام في رواية اسحاق بن عمار (١) أن عليا عليه السلام كان يقول : ابهموا ما أبهم الله » .

وما رواه الشيخ المفيد (٢) عن مولانا أمير المؤمنين عليه السلام « قال : قال

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٥ الباب ٣٣ من أبواب كتاب العلم .

(٢) المستدرك ج ٣ ص ٢١٧ ح ٤ الباب ٣ ، البحار ج ٢ ص ٢٦٣ ح ١١ الباب ٣٣ من أبواب كتاب العلم .

رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أن الله تعالى حد لكم حدوداً فلا تعتدوها، وفرض عليكم فرائض فلاتضيعوها، وسن لكم سنناً فاتبعوها، وحرم عليكم حرمات فلاتنهكوها، وعفى لكم عن أشياء رحمة من غير نسيان فلاتتكلفوها» ومارواه الفقيه (١) في خطبة أمير المؤمنين عليه السلام قال فيها: ان الله تعالى حد حدوداً فلا تعتدوها، وفرض فرائض فلاتنقصوها، وسكت عن أشياء لم يسكت عنها نسياناً فلا تتكلفونها، رحمة من الله تعالى فاقبلوها» ولا ريب أن هذه المسئلة داخلة فيما سكت الله تعالى عنه فتكلف البحث فيها كما ذكره أصحابنا تبعاً للعامة العمياء في كتبهم الاصولية، رد على ما دلت عليه هذه الاخبار، وكم لهم مثل ذلك، كما لايخفى على من جاس خلال الديار.

ومما يؤكد ذلك ما تكاثرت به الأخبار عنهم عليهم السلام (٢) من النهي عن القول بما لم يسمع منهم، ولا يرد عنهم، والكف والتثبت حتى يسأل».

ومنه حديث صاحب البريد (٣) المروي في الكافي قول الصادق عليه السلام فيه «أما انه شر عليكم أن تقولوا بشيء ما لم تسمعوه منا».

وفي معناه أخبار عديدة، وبذلك يظهر لك ما في قوله ان القوانين الآصولية يقتضي البطلان، فان فيه كما عرفت أن القوانين الشرعية الثابتة عن أهل العصمة عليهم السلام تقتضي الصحة، وهي الأولى والأحق بالاتباع، وان كانت قليلة الاتباع من حيث عدم التأمل فيها، والرجوع في ذلك اليها، والظاهر أن من وقف على ماشرحناه لايخالف في صحة ما أخترناه.

وثانياً أنه من المعلوم الذي لايداخله الشك والريب أن أصل هذا العلم الذي هو علم الاصول انما هو من العامة وقد كانت العامة زمن الأئمة عليهم السلام كالشافعي وأبي حنيفة وأحمد بن حنبل واضرابهم عاكفين على هذا العلم، وصنفوا فيه الكتب

(١) الفقيه ج ٤ ص ٥٣ ح ١٥، الوسائل ج ١٨ ص ١٢٩ ح ٦١.
(٢) الكافي ج ١ ص ٤٢ ح ٥٠، الوسائل ج ١٨ ص ١١٢ ح ٣.
(٣) اصول الكافي ج ٢ ص ٤٠٢ في ضمن ح ١، الوسائل ج ١٨ ص ٤٧ ح ٢٥

ويستدلون به على مطالبهم ، ويستنبطون به أحكامهم ، ولم يكن لهذا العلم رواج في الاحكام بين أصحاب الائمة عليهم السلام من الشيعة ، لاستغنائهم بالسؤال من أئمتهم في جملة أحكامهم ، ولو كان هذا العلم كما يدعيه من سماه بعلم الاصول أصل أصيل في الاحكام الشرعية كيف غفل الائمة عليهم السلام عن تعليمه للشيعة في زمانهم ، ونشره لهم حيث أنه لم يبق نقير ولا قطمير من الأحكام والسنن والآداب وجميع ما يمر بالانسان ويعرض له إلا خرجت به الأخبار ، وتكاثرت به من أكله وشربه ونومه ، ويقظته ، وتزويجه ونكاحه ، وسفره ولبس الثياب وضرب الخلا ونحو ذلك ، فكيف ينبهون على هذه الأمور ويتركون أهم الاشياء وأشدها حاجة ، وهي الاصول التي يبنى عليها الأحكام الشرعية ، وتستنبط منها ، ما هذا الاعجب عجاب عند ذوى الالباب وذيل الكلام واسع في الباب ، يوجب التطويل به الخروج عن موضوع الكتاب ، والله سبحانه العالم .

وثالثا : أنه ما ذكره من الفورية في الزكاة والخمس والمال الموصى به للفقراء ونحو ذلك لا أعرف عليه دليلا ، اذ ليس الا مجرد الأمر بالاخراج والأمر لا يستلزم الفور ، كما هو المشهور بين محققيهم ، على أنه قد دلت الاخبار على تأخير الزكاة الشهر والشهرين ، وفي بعض الأخبار (١) قيد ذلك بعزلها واثباتها ، وقد ورد جواز حمل الخمس الى الامام (٢) من البلدان البعيدة مع وجود المستحق ، وكل ذلك ينافي الفورية .

الثاني : أن ما ذكر من أن له الامتناع حتى يشهد له صاحب الحق بالقبض أحد القولين في المسئلة ، وقيل : بالتفصيل بأنه ان كان مما يقبل قول الدافع فيه ، ولا يتوجه عليه ضرر ، بترك الاشهاد كالوديعة ، وشبهها ، فليس له الامتناع ، والا فله الامتناع الى الأشهاد ، كالدين والغصب ونحوهما وربما قيل بتفصيل آخر أيضاً بالنسبة إلى هذا القسم الأخير ، بأنه ان كان هناك بينة بالحق فله الامتناع

(١) الكافي ج ٣ ص ٥٢٢ ح ٣ ، الوسائل ج ٦ ص ٢١٣ ح ٢ .
(٢) الوسائل ج ٦ ص ٣٧٥ الباب ٣ من أبواب الانفال .

حتى يشهد ، والا فلا ، مثلاً المديون ان كان عليه بينة بالدين ، فلايدفعه الى صاحبه حتى يشهد له على القبض ، وان لم يكن عليه بينة بذلك ، فانه وان لم يقبل قوله بالدفع لو أقر بالدين ، إلا أنه يمكنه التخلص بوجه آخر ، وهو أن ينكر أصل الحق بأن يقول : لا يستحق عندي شيئا ، فيقبل قوله بيمينه كالاول لأنه منكر .

أقول : والذي وجدته في فتاوى من حضرني كلامه هو القول الأول ، وهذه التفاصيل لم أقف على قائل بها منا وان نقلت مجملة في كتب أصحابنا نعم نسبها في التذكرة الى الشافعية ، واحتج من ذهب من أصحابنا الى القول الاول بأن تكلف اليمين ضرر عظيم ـ وان كان صادقاً وأذن الشارع فيها ، ويترتب الثواب عليها ـ خصوصاً في بعض الناس من ذوى المراتب فان ضرر الغرامة عليهم أسهل من ضرر اليمين .

أقول : ويعضد ما ذكره من تحمل ذوى المراتب ضرر الغرم تفادياً من اليمين حديث علي بن الحسين عليه السلام (١) مع زوجته الشيبانية الخارجية لما طلقها وادعت عليه مهرها عند قاضي المدينة فانكر عليه السلام فألزمه القاضي اليمين فأمر ابنه الباقر عليه السلام بدفعه اياها اجلالاً لله سبحانه أن يحلف به ، وان كان صادقاً .

قال المحقق الاردبيلي بعد الكلام في توقف التسليم على الاشهاد كما ذكره الاصحاب : واعلم أن في فتح هذا اشكالاً ، إذ قد يتعذر وجود عدلين مقبولين خصوصاً في زماننا هذا ، وفي أكثر البلدان فان أهلها يمتنعون عن الصلاة جماعة بل صارت معدومة بالكلية ، لعدم العدل مع سهولة الأمر في ذلك ، وأن يرتكبوا الطلاق مع صعوبة الأمر فيه بالنص والاجماع ، وكذا في بعضها عن الطلاق أيضاً حتى قال الشهيد الثاني والسيد المعاصر تلميذه انه لوقيل : بعدم جواز التقصير للعاصي بسفره ، لم يجز لأحد التقصير الا نادراً لتركهم الواجبات العينية ، وعدم أمكان تحصيلها في السفر ، فهو معصية وان كان فيه بحوث قد مضت ، منها أنه

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٣٥ ح ٥ ، الوسائل ج ١٦ ص ١٤٢ ح ١ .

مبني على أن الأمر بالشيء يستلزم النهي عن ضده الخاص ، وهو لا يقول به ، فلا يبعد عدم الجواز مع التعذر أو التعسر المستلزم لمنع صاحب المال عن ماله الذي يدل العقل والنقل على قبحه ، خصوصاً إذا استلزم فوت المصالح مع أنا ما نعرف دليلا واضحاً على جواز ذلك المنع ،.الاما أشير وهو احتمال لزوم اليمين ، وهو لا يعارض العقل والنقل ، على أنه قد لا يلزم ، بل قد تعلم من صاحب المال انتفاء ذلك وأنه لامحذور فيه ، وعلى تقديره ليس بأشد من منع المال عن مالكه ، مع أنه لا يعانده في تكليفه أيضاً بذلك ، لعدم حضور الحاكم في ذلك البلد ، والشهود إنما تنفع مع الحاكم على ما قالوه ، وأنه قد يسد أبواب المعاملة مثل الديون ، والعارية ، والاجارة ، وغيرها فالمنع عن مثله ـ لاحتمال بعيد ـ اعتماداً على أمر غير متحقق، إذ قد لا يكون الحاكم أو يموت الشهود ، أو يخرج عن شرط القبول بعيد ، خصوصاً ممن يقبل قوله ، ولهذا خص البعض بما عليه البينة .

وبالجملة الحكم الكلي مشكل جداً ، الا أن يكون عليه نص أو اجماع والله يعلم ، انتهى وهو جيد لعدم الدليل عليه ، والأصل العدم ، ويخرج ماذكره مؤيدا لذلك .

وأما الاجماع فلم ينقل في المقام ، بل ظاهر عبارة التذكرة إنما هو العدم ، حيث جعل القول بالاشهاد مطلقا هو الأقرب ، ايذاناً باحتمال غيره وبالجملة فان التمسك بالأصل أصل رزين حتى يقوم الدليل على خلافه ، وليس الا هذه التعليلات العليلة كما عرفت في غير موضع .

الثالث : قد عرفت أنه إذا امتنع من الرد بعد المطالبة من غير عذر كان ضامناً ، لكن لو ادعى تلف المال قبل الامتناع أو ادعى الرد قبل المطالبة فهل تسمع دعواه وبينته بذلك ؟ أم لا ، وتفصيل ذلك أن الامتناع من الرد ان كان مجرد تقصير ومطل ، فالظاهر أن هذا لا يمنع من قبول قوله وسماع بينته بدعوى التلف قبل الامتناع ، أو الرد قبل المطالبة ، إذ لا منافاة بينهما ، وهو وان كان

يضمن بالامتناع ، الا أن هذه الدعوى متقدمة على وقت الامتناع والرجوع إلى الضمان ، وحصول أحد الامرين المذكورين قبل الامتناع بهذا المعنى ممكن ، وحينئذ يقبل الدعوى بذلك ، وتسمع البينة ، وان كان الامتناع بالجحود فلا يخلو اما أن يرجع إلى نفي الحق عن نفسه ، بأن يقول : لاحق لك عندي أو لا يلزمني دفع شيء اليك ، أو يرجع إلى انكار قبضه وتسلمه منه بالكلية ، بأن يقول : ما قبضت منك شيئاً وعلى الاول منهما ، فالحكم كما تقدم ، بل أوضح ، لأنه متى ادعى التلف قبل الامتناع أو الرد قبل المطالبة ، فامتناعه بهذا المعنى لايكذب تلك الدعوى ، بل يؤكدها فانه متى تلف منه أورده صدق أنه لا حق لك عندي ولا يلزمني دفع شيء اليك ، وأما على الثاني فهو محل الخلاف في المسئلة ، فقيل بعدم قبول دعواه ، وان أقام البينة وهو مذهب العلامة في أكثر كتبه ، قال في التذكرة لو أنكر الوكيل قبض المال ، ثم ثبت ذلك ببينة أو اعتراف ، فادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله لثبوت خيانته ، لجحوده ، فان أقام بينة بما ادعاه من الرد والتلف ، لم يقبل بيّنته ، وللعامة وجهان : أحدهما لايقبل كما قلناه ، لأنه كذبهما لجحوده ، فان قوله ما قبضت يتضمن أنه لم يرد شيئاً ، والثاني يقبل لأنه يدعى الرد والتلف قبل وجود خيانته ، وان كان صورة جحوده ذلك لاتستحق علي شيئاً أو مالك عندي شيء سمع قوله مع يمينه ، لأن جوابه لايكذب ذلك ، لأنه إذا كان قد تلف أورده فليس له عنده شيء ، فلا تنافي بين القولين ، الا أن يدعى أنه رد أو تلف بعد قوله مالك عندي شيء ، فلايسمع قوله ، لبثوت كذبه وخيانته ، انتهى .

وقيل بقبول قوله وسماع بينته ، وهو اختيار الشرايع قال في المسالك : ووجه ما اختاره المصنف من القبول جواز استناد انكاره إلى سهو ونسيان ، وعموم(١) « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ويقوى ذلك ان أظهر لانكاره هذا التأويل ونحوه ، انتهى .

---

(١) المستدرك ج ٣ ص ١٩٩ ح ٥ الباب ٣ .

وظاهر المحقق الأردبيلي التردد هنا حيث قال : ولكن لو أظهر لجحوده وانكاره القبض أولاً وجهاً ، مثل أن قال : كنت نسيت أو خفت أن لاتسمع دعوى التلف ، فيلزمني المال فأنكرت هل يسمع ذلك أم لا ؟ فيه تردد ، من حيث امكانه ، والحمل على الصحة ، وأنه أمين ، ومن حيث أن فتح هذا الباب يصير سبباً لبطلان كثير من الحقوق ، فتأمل ، ولعل الاول أقرب .

هذا كله فيما لو كانت الدعوى بالتلف أو الرد قبل الجحود ، أما لو كانت بعده بأن قال : إني قبضت بعد ذلك الزمان الذي جحدت فيه ، و رددته اليك أو تلف ، فانه وان لم يصدق ولم يقبل قوله بمجرده ، لظهور خيانته لكن يقبل دعواه ، وتسمع بينته ، لامكان ذلك وعدم المنافات ، وغايته أن يكون بجحوده متعديا ضامنا ، وذلك لاينافي قبول دعواه وسماع بينته ، فإذا أقام البينة على الرد الذي ادعاه ثبت الحكم ، وسقطت المطالبة .

وأما دعوى تلف العين فانه وان برئت ذمته من رد العين بالبينة أو اليمين الا أنه يلزمه المثل أو القيمة من حيث الضمان المترتب على الخيانة ، وبالفرق بين صورتي القبلية والبعدية هنا صرح العلامة في الارشاد ، وفي غيره أطلق عدم سماع دعواه ، والله سبحانه العالم .

الثالثة : قال في التذكرة : لو دفع الى وكيله عيناً وأمره بايداعها عند زيد فأودعها ، وأنكر زيد فالقول قوله مع اليمين ، فاذا حلف برىء ، وأما الوكيل فان كان قد سلّمها بحضرة الموكل لم يضمن ، وان كان بغيبته ففي الضمان اشكال وللشافعية وجهان : أحدهما انه يضمن كما في الدين ، لأن الوديعة لاتثبت الا بالبينة والثاني لايضمن ، لأن الودعي اذا ثبت عليه ـ بالبينة ـ الايداع ، كان القول قوله في التلف والرد فلم تفد البينة شيئا ، بخلاف الدين ، لأن القضاء لايثبت إلا بها ، انتهى .

أقول : المشهور في كلامهم هو الفرق بين الوكالة في قضاء الدين ، والوكالة في الايداع ، بأنه في الاول لو لم يشهد الوكيل على القضاء ضمن ، وفي الثاني

لايضمن ، وعلى هذا فيجب الاشهاد في الاول دون الثانى ، ووجه الأول أن برائة الذمة ظاهراً وباطناً الذى هو مطلوب الموكل ـ انما يتحقـق بالاشهاد ، وكذا الأمر الموكل فيه انما يتحقق بالاشهاد ، فانه متى أنكر صاحب الدين القبض من الوكيل ولابينة ، فكأنه لم يأت الوكيل بما وكل فيه ، ولم يأت بما أمر به الموكل فيكون ضامناً بخلاف الايداع ، فانه لايلزمه الاشهاد ، ولايضمن لو تركه ، لأن الودعي أمين ، وقوله مقبول ، أشهد عليه أو لم يشهد ، فلايظهر للأشهاد فائدة .

الا أنه يمكن أن يقال : ان الأصل العدم في الموضعين ، ومطلق الأمر في كل من الموضعين لايدل على الاشهاد ، ويؤيده أن الوكالة مطلقة لاتقييد فيها بالاشهاد ، ويؤيده أن الوكالة قدحصل الامتثال بانفاذ ماوكل فيه ، فيجوز من دون الاشهاد ، إلا أن يقوم دليل من خارج على الاشهاد ، كالوكالة في الطلاق مثلا ، والظاهر أنه لا اجماع في القضاء ، ولهذا ان ظاهر المحقق في الشرايع التردد في ذلك ، ويؤيده ما تقدم في كلام المحقق ذكره ، ويؤيده أيضاً أن فيه سد باب قبول الوكالة لما يتطرق اليه من الضرر الا أن يكون جاهلا فيعذر .

وبالجملة فالمسئلة كغيرها لايخلو من الاشكال لعدم النصوص القاطعة لمادة القيل والقال في أمثال هذا المجال ، والله سبحانه العالم .

الرابعة : قالوا : لو تعدى الوكيل في مال الموكل ضمنه ، كلبس الثوب ، وركوب الدابة الموكل ببيعهما ، ولكن لاتبطل وكالته بذلك ، ولو باع ماتعدى فيه وسلمه الى المشتري برىء من ضمانه .

أقول : أما الحكم الأول فالظاهر انه لاخلاف فيه إلا من بعض العامة كما ذكره في المسالك ، وفيه أن العلامة في المختلف قدنقل ذلك عن ابن الجنيد أيضاً حيث قال : تعدى الوكيل فيما وكل فيه بما يلزمه الغرم والضمان مبطل للوكالة .

وكيف كان فهوضعيف ، والوجه في بقاء الوكالة وعدم بطلانها وان ضمن بالتعدى أن الوكالة تضمنت شيئين ، الأمانة ، والاذن في التصرف ، فاذا تعدى زالت

الأمانة ، وبقي الاذن بحاله ، ونظيره الرهن ، فانه متضمن لشيئين الأمانة والتوثيق فاذا بطل الاول بالتعدي لايلزم منه بطلان الثاني ، وهذا بخلاف الوديعة ، حيث أنها أمانة محضة ، فبالتعدي تزول وتبقى مضمونة .

وأما الحكم الثاني فالوجه فيه أنك قد عرفت بقاء الوكالة وعدم زوالها بالتعدى ، وحينئذ فاذا باع تلك العين وسلّمها الى المشتري زال الضمان عنه اجماعاً كما نقله في التذكرة ، لاستقرار ملك المشتري عليه ، وزوال ملك الموكل عنه ، لأنه تسليم مأذون فيه ، فيجرى مجرى قبض المالك .

بقي الكلام هنا في مواضع : الاول : هل يخرج من الضمان بمجرد البيع قبل التسليم أم لا ؟ وجهان : يلتفتان الى أنه قد خرج عن ملك المالك ، ودخل في ملك المشتري وضمانه ، فلاضمان على الوكيل حينئذ ، والى أنه ربما بطل العقد بتلفه قبل قبض المشترى ، فيكون التلف على ملك الموكل ، قال في المسالك وهذا أقوى .

وفي التذكرة بعد أن قرب هذا الوجه أولاً وذكر أنه أصح وجهي الشافعية ذكر الوجه الاول وعلّته ، وقال بعد : ونحن فيه من المترددين .

الثاني اذا باع ما فرط فيه وقبض الثمن في صورة الجواز كان الثمن أمانة في يده ، غير مضمون عليه ، وان كان أصله مضموناً ، لانه لم يتعد فيه وقد قبضه باذن الموكل ، فيخرج عن العهدة .

الثالث : لو تعدى في هذا الثمن بعد قبضه أودفع اليه نقداً يشترى به شيئاً فتعدى فيه صار ضامناً له ، فاذا اشترى به وسلّمه الى البايع زال الضمان بالتقريب المتقدم ، وهل يزول بمجرد الشراء ؟ الوجهان المتقدمان .

الرابع : قد عرفت أنه اذا تعدى في العين ثم باعه وسلمها الى المشتري برىء من الضمان اجماعاً ، لكن لو ردها المشتري عليه ، بعيب قال في التذكرة : عاد الضمان ، وقال في المسالك : وفي عود الضمان وجهان : أجودهما العدم ، لانتقال الملك الى المشترى بالعقد ، وبطلان البيع من حينه لامن أصله ، انتهى .

أقول : مقتضى ماذكره من الانتقال الى المشتري بالعقد أن الانتفاعات بالمبيع والنماء مدة الخيار للمشتري ، وان فسخ العقد ورد المبيع بالعيب بعد ذلك ، الا أنه قد تقدم في كتاب المبيع أن الاخبار في ذلك مختلفة ، وأخبار خيار الحيوان متفقة على أن تلفه في زمن الخيار من مال البايع وهومؤذن بعدم الانتقال للمشتري ، ولهذا نقل عن بعض الأصحاب أن منفعة المبيع في زمن الخيار والنماء انما هو للبايع ، وحينئذ فلااستبعاد في أن الفسخ هنا يبطل البيع من أصله والله سبحانه العالم .

الخامسة : المشهور بين الأصحاب أنه اذا أذن الموكل للوكيل في بيع ماله من نفسه أوالشراء له من نفسه جاز ونقل عن الشيخ ومن تبعه المنع للتهمة ، ولأنه يصير موجباً قابلاً ، ورد بمنع التهمة مع الاذن ، ومراعات المصلحة المعتبرة في كل وكيل ، وجواز تولى الواحد من الطرفين عندنا كذا في المسالك .

وعندى فيه نظر ، فان ظاهر كلام الشيخ وخلافه في هذه المسئلة انما هو في صورة الاطلاق ، لافي صورة التصريح بالاذن ، وبذلك صرح في التذكرة ، فقال : اذا وكله في بيع شيء فان جوز له أن يشتريه هو ، جاز أن يبيعه على نفسه ، ويقبل عن نفسه ، وان منعه من ذلك لم يجز أن يشتريه لنفسه اجماعاً ،وان أطلق منع الشيخ من ذلك ، لأنه قال : جميع من يبيع مال غيره وهم ستة أنفس ، الأب والجد ووصيهما ، والحاكم وأمينه والوكيل ، لايصح لأحد منهم أن يبيع المال الذي في يده من نفسه إلا لاثنين ، الأب والجد ، ولايصح لغيرهما الى آخره وهو ظاهر كما ترى في أن خلاف الشيخ إنما هو في صورة الاطلاق ، لا الاذن كما ذكره .

ومنه يعلم أنه لاخلاف مع الاذن ، وإنما الخلاف مع الاطلاق ، ثم ان ظاهرهم أنه لافرق في ذلك بين الوكالة في بيع أو عقد نكاح أو غيرهما في أنه يصح مع الاذن ، مع أنه قد روى عمار (١) في الموثق « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٨ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٢١٧ ح ٤ .

المرأة تكون في أهل بيت وتكره أن يعلم بها أهل بيتها أيحل لها أن توكل رجلاً يريد أن يتزوجها ؟ تقول له : قد وكلتك فاشهد على تزويجي ؟ قال : لا ، قلت : جعلت فداك وان كانت أيّماً ؟ قال : وان كانت أيّماً ، قلت : وان وكلت غيره يزوجها ، قال : نعم » ، وأنت خبير بأن هذه الرواية صريحة في المنع مع الاذن والظاهر أنه ليس إلا من حيث تولي طرفي العقد ، ولكن موردها النكاح خاصة ، فيمكن أن يقال : بذلك في غيره أيضاً نظراً إلى أن الاصل عصمة مال المسلم وعصمة الفروج ، حتى يقوم الدليل على صحة العقد ، ومجرد الأذن كما ادعوه لا يوجب الصحة ، إذ يمكن أن يكون المانع هو تولي طرفي العقد ، وان جاز ذلك في الأب والجد مع الا غماض عن المناقشة فيه أيضاً .

وجملة أدلتهم التي استندوا اليها في جواز تولي الواحد طرفي العقد لا يخلو عن خدش ، كما نبّهنا عليه فيما تقدم من كتاب البيع في المسئلة الخامسة من المقام الثاني من الفصل الاول في البيع (١) فليراجع اليه من أحب الوقوف عليه ، إلا أن المفهوم من بعض الاخبار الواردة في هذا المقام كما ستظهر لك ان شاء الله هو أن المنع إنما هو من حيث خوف التهمة والخيانة ، وهو مشعر ، بأنه مع الاذن الموجب لارتفاع ذلك فانه يصح ، وحينئذ فينبغي الفرق في ذلك بين البيع والنكاح، ويخص المنع بالنكاح ، للخبر المذكور ، هذا كله مع الاذن .

أما مع الاطلاق فالمشهور بين أكثر الاصحاب من المتقدمين والمتأخرين هو المنع ، وهو مذهب العلامة في غير التذكرة والمختلف ، وذهب في الكتابين المذكورين إلى الجواز على كراهية ، ونقل عن أبي الصلاح وهو مذهب الدروس ، والأظهر هو القول المشهور ، ويدل عليه أن الأصل عدم جواز التصرف في مال الغير عقلاً ونقلاً الا مع الاذن ، والمفروض عدمه ، فان الاطلاق لا يدل عليه .

والظاهر أن من قال بالجواز إنما قال ذلك من حيث دعوى فهم الأذن من

---

(١) ج ١٨ ص ٤١٧ .

الاطلاق ، وحينئذ فمطرح النزاع في أنه هل يفهم الاذن من الاطلاق أم لا ؟ والا فالظاهر أنه لا نزاع مع عدم فهمه ، وحينئذ فالذي يدل على عدم فهمه زيادة على الاصل المتقدم عدم ظهور الدلالة ، لأن المتبادر من قوله بع هذا الشيء هو البيع على الغير عرفاً وعادة ، يدل على ذلك جملة من الأخبار ، وقد تقدمت في المقدمة الثانية في آداب التجارة في مسئلة مالو قال انسان للتاجر : اشتر لي متاعاً (١)

ومنها موثقة اسحق بن عمار (٢) « قال : سألت أبا عبدالله عليه‌السلام عن الرجل يبعث إلى الرجل يقول : ابتع لي ثوباً فيطلب له في السوق ، فيكون عنده مثل ما يجد له في السوق فيعطيه من عنده ، قال : لا يقربن هذا ، ولا يدنس نفسه ، ان الله عزوجل يقول (٣) « إنا عرضنا الأمانة على السموات والارض والجبال فأبين أن يحملنها وحملها الانسان انه كان ظلوماً جهولا » وان كان عنده خير مما يجد في السوق فلا يعطيه من عنده » .

ورواية علي بن أبي حمزة (٤) « قال : سمعت عمر الزيات يسأل أبا عبدالله عليه‌السلام قال : جعلت فداك إني رجل .

أبيع الزيت يأتيني من الشام فآخذ لنفسي مما أبيع ؟ قال : ما أحب لك ذلك ، قال : إني لست أنقص لنفسي شيئاً مما أبيع ، قال بعه من غيرك ، ولا تأخذ منه شيئاً أرأيت لو أن الرجل قال لك : لا أنقصك رطلاً من دينار ، كيف كنت تصنع لا تقربه .

فظاهر هذا الخبر أن بيع الرجل من نفسه أو شرائه لنفسه لا يدخل تحت الاطلاق الذي اقتضته الوكالة ، والا فان مقتضى اطلاق الوكالة صحة البيع والشراء بما يراه الوكيل وفعله ، فلا معنى لقوله عليه‌السلام بالنسبة اليه لو أن الرجل قال لك :

---

(١) ج ١٨ ص ٣٢ .

(٢) التهذيب ج ٦ ص ٣٥٢ ح ١٢٠ ، الوسائل ج ١٢ ص ٢٨٩ ح ٢ .

(٣) سورة الاحزاب ــ الاية ٧٢ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ١٢٨ ح ٢٩ ، الوسائل ج ١٢ ص ٢٩٠ ح ٢ .

لأنقصك رطلاً من دينار لو كان داخلاً تحت الاطلاق، ونحوها الموثقة المتقدمة، فانه لامعنى لكونه يدنس نفسه، ويخوفه في الامانة مع كونه داخلاً تحت اطلاق الوكالة.

وفي رواية ميسر(١) قال: قلت له يجيئني الرجل فيقول لي اشتر لي فيكون ما عندي خيراً من متاع السوق قال: اذا أمنت أن لايتهمك فاعطه من عندك، وان خفت أن يتهمك فاشتر له من السوق».

وفي هذا الخبر دلالة على أن المنع من ذلك في هذه الأخبار إنما هو من حيث خوف التهمة، وفيه اشعار بالجواز بل دلالة ظاهرة على ذلك مع الأمن من التهمة، وحينئذ فمع الاذن صريحاً كما تقدم، فالجواز بطريق الأولى كما تقدمت الاشارة إليه، إلى غير ذلك من الأخبار المتقدمة في الموضع المتقدم ذكره.

ومنه يعلم أنه ليس المنع فيما دل على المنع من حيث تولي طرفي الايجاب والقبول، وقد تقدم مزيد توضيح لذلك في المسئلة الخامسة من المقام الثاني من فصل البيع (٢) على أنه ان أريد بطرفي الايجاب والقبول، هو قول البايع بعتك مثلاً، وقول المشتري قبلت كما هو ظاهر هذه العبارة، وهو مرادهم فهذا ليس عليه دليل ولا أثر في الأخبار وان اشتهر بينهم، وإنما الموجود فيها الايجاب بلفظ الأمر كقوله أشتر لي أو بع هذا، ونحو ذلك، والقبول إنما هو فعل ما امر به، وهو القبول الفعلي بمعنى أنه أمره بالبيع فباع أو الشراء فيشتري ونحو ذلك وحينئذ فبيعه على نفسه إنما هو عبارة عن أن يأخذ ذلك الشيء المأمور ببيعه لنفسه، ويدفع ثمنه من ماله، كما هو المستفاد من هذه الأخبار المذكورة هنا ونحوها، وقد عرفت أن هذا النهي إنما هو من حيث خوف التهمة، وحينئذ فمع تسليم صدق تولي الطرفين على هذه الصورة فانه لامانع من هذه الجهة، وإنما، المنع من الجهة المذكورة، وان اختص ذلك بالصورة المذكورة الأولى كما هو ظاهر كلامهم،

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٢١ ح ١٧، الوسائل ج ١٢ ص ٢٨٩ ح ٤.
(٢) ج ١٨ ص ٤١٧.

وقد عرفت أنه لاوجود له في الأخبار بالكلية .

واستدل في المختلف على ما ذهب إليه من الجواز بأدلة ذكرناها في مسئلة مالوقال : انسان للتأجر اشتر لي من المقدمة الثانية في آداب التجارة (١) وبينا بطلانها فليرجع اليه من أحب الوقوف عليه ، وقد تلخص مما ذكرناه أنه مع الاذن فالظاهر الصحة في البيع أو الشراء ، ومع الاطلاق فالظاهر المنع إلا مع أمن التهمة ، وأما تعليل المنع بتولي طرفي العقد فلادليل عليه إلا في النكاح ، كما عرفت من الرواية المتقدمة ، وباقي مايتعلق بالمسئلة المذكورة من الفروع والتحقيق يرجع فيه إلى الموضعين المتقدمين المشار إليهما ، والله سبحانه العالم .

المطلب السابع في التنازع :

وفيه أيضاً مسائل : **الاولى** : في الاختلاف في الوكالة ولواحقها وفيه صور :

منها الاختلاف في أصل الوكالة ، فيحلف المنكر لها ان لم يكن بينة ، لأن القول قوله بيمينه ، حيث أن الأصل العدم ، وهذا فيما إذا ادعى العامل الوكالة ، وأنكرها المالك ، ظاهر .

أما انكار الوكيل فانه بحسب الظاهر لامعنى له ، حيث أن الموكل لاحق له يدعيه ليتحقق انكاره ، الا أنه يمكن فرض ذلك فيما لوكان التوكيل في شيء مشروطاً في عقد لازم ، وشرط ايقاعه في وقت معين ، كيوم الجمعة مثلاً ، ثم حصل الآختلاف في الوكالة بعد انقضاء ذلك الوقت ، فادعى الموكل الوكالة ليتم له العقد ، وأنكرها الوكيل ليتزلزل العقد ، ويتسلط على الفسخ ، وكما أن القول قول الموكل لو أنكر الوكالة كذلك ، لو اتفقا على أصل الوكالة ، واختلفا في بعض الكيفيات أو المقادير ، كما إذا قال الوكيل : وكلتني في بيعه كله أو بيعه نسيئة أو شرائه بعشرين ، وقال الموكل : بل ببيع بعضه أو بيعه نقداً أو شرائه بعشرة فالقول قول الموكل ، لأن الاصل عدم الاذن فيما يدعيه الوكيل ، ولأن

(١) ج ١٨ ص ٣٢ .

الاذن صادر عن الموكل ، وهو أعرف بحال الاذن ومقاصده الصادرة منه ، و لأنه كما كان القول قوله في أصل العقد ، كذلك في صفته ، والظاهر أنه لا خلاف فيه .

ومنها الاختلاف في التلف ، وظاهر كلامهم الاتفاق على أن القول قول الوكيل بيمينه ، لأنه أمين ، ويتعذر عليه اقامة البينة بالتلف غالباً ، وقد تقدم نقل جملة من عبائرهم في المسئلة الاولى من سابق هذا المطلب ، بل ظاهر عبارة المسالك دعوى الاجماع على ذلك ، الا أن فيه ما عرفت في الموضع المشار اليه من أن الاجماع المدعى ان كان على حكم التلف خاصة ، فان أحداً لم يدعه ، وان كان ظاهر كلامهم الاتفاق على ذلك ، وان كان على كونه أميناً وترتب أحكام الأمين عليه ، فكلامهم واختلافهم في بعض الأحكام المتفرعة على ذلك ينافي دعوى الاجماع المذكور .

وكيف كان فالقول قول الوكيل بيمنه في دعوى التلف بالنسبة إلى العين الموكل في بيعها ، وثمنها لو كان وكيلاً في قبضه ، أعم من أن يكون التلف بسبب ظاهر أو خفي .

ومنها الاختلاف في الرد ، والمشهور أنه ان كان وكيلاً بجعل فعليه البينة ، ولايقبل قوله ، والا فالقول قوله بيمينه كالودعي ، والوجه في هذا التفصيل أنه مع عدم الجعل امين ، وقد قبض المال لمجرد مصلحة المالك ، فكان محسناً محضاً ، وكل ما يدل على قبول قول الودعي ـ من قولهم ان عدم قبول قوله يؤدي إلى الاعراض عن قبول النيابة في ذلك ، وهو ضرر عظيم ـ يدل عليه هنا .

وأما مع الجعل ، فانه قبض المال لمصلحة نفسه ، فجرى مجرى المرتهن والمستعير ، فلم يقبل قوله ، وللخبر المتفق عليه (١) « البينة على المدعي واليمين

(١) المستدرك ج ٣ ص ١٩٩ ح ٥ الباب ٣ .

على المنكر» خرج منه الأول من حيث أنه أمين وبقي ماعداه .

وقيل : ان القول قول الموكل ، بيمينه مطلقاً ، سواء كان الوكيل بجعل أو بدونه ، ووجهه أن الاصل عدم الرد ، والخبر المتفق عليه ، وأجيب عن الوجوه المتقدمة فيما إذا لم تكن بجعل أن كونه أميناً لايستلزم القبول ، كمن قبضه لمصلحة نفسه مع كونه أميناً ، والضرر يندفع بالاشهاد ، والتقصير في تركه إنما هو منه ، وكونه محسناً لاينافي عدم قبول قوله في الرد ، وكونه من جملة السبيل المنفي عنه ، يندفع بأن اليمين عليه سبيل أيضاً ، وليس بمندفع .

أقول : وهذه الوجوه المستدل بها وأجوبتها لايخلو من المناقشات التي ليس في التعرض لها مزيد فائدة بعد ما عرفت في غير موضع مما تقدم من أنها لاتصلح لتأسيس الاحكام الشرعية ، وإنما المدار فيها على النصوص المعصومية ، والمستفاد منها كما تقدم تحقيقه ـ في ذيل المسئلة الاولى(١) من مسائل سابق هذا المطلب ـ هو أن الأمين وكيلاً كان أو غيره بجعل كان أو بغير جعل ، يقبل قوله فيما ادعاه من تلف أورد أو غيرهما ، وأن هذه الاخبار الدالة على ذلك أخص من الاخبار الدالة على ما ذكروه من تلك القاعدة وهي « أن البينة على المدعي واليمين على المنكر» التي استندوا إليها هنا في تقديم قول الموكل ، ومقتضى القواعد الشرعية تقديم العمل بهذه الأخبار ، لانها أخص ، ويخصص ما استندوا إليه من تلك القاعدة بها .

وبذلك يظهر لك بطلان الوجه العقلي الذى استندوا إليه في الفرق بين الودعي والوكيل بغير جعل ، وبين غيرهما ممن له مصلحة في تلك المعاملة ، وأن الأول محسن محض فلايضمن ، بخلاف الثاني ، فانه مجرد تخريج لادليل عليه ، كما اعترف بذلك في المسالك في كلام قدمنا نقله عنه في كتاب العارية قال فيه : وهذه العلة ليست منصوصة وإنما هي مناسبة ، وهو جيد .

---

(١) ص ٨٣

وبالجملة فالعمل على الأخبار وهي كما حققناه دالة على ما ذكرنا ، ولكنهم لغفلتهم عن ملاحظة الأخبار ، وعدم الاطلاع عليها انجرت بهم المناقشة إلى الوديعة أيضاً ، حيث أن ظاهرهم أن المستند فيها انما هو الاجماع .

قال في المسالك في هذا المقام بعد البحث في المسئلة : والحق أن قبول قول الودعي ان كان خارجاً بالاجماع الفارق فهو الفارق ، والا فلا فرق ، وفي الاجماع بعد وقد تقدم الكلام فيه ، انتهى .

وهو ظاهر فيما قلناه ، حيث انهم نظروا الى أخبار (١) « البينة على المدعى واليمين على المنكر ، » خاصة ، ولم يطلعوا على تلك الاخبار التي خصصنا بها هذه القاعدة ، وهي كما عرفت ظاهرة في المدعى ، والله سبحانه العالم .

ومنها ما اذا ادعى الوكيل التصرف فيما وكل فيه ، مثل قوله : بعت ما وكلتني في بيعه أوقبضت ماوكلتني في قبضه ، وأنكر الموكل ذلك ، فقيل : القول قول الوكيل ، وبه جزم العلامة في الارشاد من غير خلاف ، وقربه في القواعد وجزم في التذكرة بتقديم قول الموكل ان كان النزاع بعد عزل الوكيل ، واستقرب كون الحكم كذلك أيضاً قبل عزله ، وقد قدمنا عبارته بذلك في المسئلة الاولى (٢) من مسائل سابق هذا المطلب ، وتوقف في التحرير ، وقال في الشرايع ان القول قول الوكيل ، لأنه أقر بماله أن يفعله ، ولو قيل : القول قول الموكل أمكن ، لكن الأول أشبه .

قال في المسالك : وجه الأشبهية انه أمين ، وقادر على الانشاء ، والتصرف اليه ، ومرجع الاختلاف الى فعله ، وهو أعلم به ووجه تقديم قول الموكل ظاهر لأصالة عدم الفعل .

أقول : والأقرب عندي الرجوع الى ما قدمناه من التحقيق في المقام ،

(١) التهذيب ج ٦ ص ٢٢٩ ح ٤ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٠ ح ١ ، المستدرك ج ٣ ص ١٩٩ ح ٥ الباب ٣ .

(٢) ص ٨٥ .

ومقتضاه أن القول قول الوكيل ، لأنه أمين ، وقضيته ذلك قبول قوله في التصرف وغيره والله وسبحانه العالم .

ومنها مالو اختلفا في قدر الثمن المشترى به ، فقال في المبسوط : ان القول قول الوكيل ، لأنه أمين ، فيقبل قوله كما يقبل في التسليم والتلف ، وقال الفاضلان ان القول قول الموكل ، لأنه غارم ومنكر ، ولأصالة عدم الزيادة ، واحتمل الشهيد في شرح نكت الارشاد أن القول قول الموكل ان كان الشراء في الذمة وقول الوكيل ان كان الشراء بالعين ونقله عن القواعد .

وقال في المسالك ـ بعد فرض المسئلة في كلام المصنف بما اذا كان وكله في ابتياع عبد فاشتراه بمائة ، فقال المؤكل اشتريته بثمانين ، وذكر القولين في المسئلة ماصورته ـ : التقدير أن المبيع يساوي بمائة كما ذكره في التحرير ، وإلا لم يكن الشراء صحيحاً لما تقدم من حمل اطلاق الاذن على الشراء بثمن المثل ، ووجه تقديم قول الوكيل ، أن الاختلاف في فعله وهو أخبر ، وأن الظاهر ان الشيء انما يشترى بقيمته ، وهو قوي ، ووجه تقديم قول الموكل أصالة براءة الذمة من الزائد ، ولأن في ذلك اثبات حق للبايع على الموكل ، فلا تسمع ، ولا فرق في ذلك بين كون الشراء بالعين أو في الذمة ، لثبوت الغرم على التقديرين ، انتهى .

أقول : ومقتضى ما ذكرناه من التحقيق المتقدم العمل لقول الشيخ والله سبحانه العالم .

ومنها ما لو ادعى الوكيل أنه قبض الثمن وتلف في يده ، فأنكر الموكل القبض ، فان كان الدعوى بعد تسليم المبيع للمشترى فالقول قول الوكيل بيمينه مع عدم البينة ، لأنه أمين ، والأصل عدم الغرامة ، ولأنه لو لم يقبل يلزم سد باب التوكيل ، ولأن دعوى الموكل يتضمن خيانته مع كونه أمينا ، وقد عرفت من الأخبار المتقدمة النهي عن تهمته ، ووجه تضمن دعوى الموكل عدم القبض الخيانة هو أن الدعوى بعد تسليم المبيع للمشترى كما هو المفروض ، فيلزم على دعواه

أن يكون قد سلّم المبيع قبل أن يتسلم الثمن ، مع أنه لايجوز تسليم المبيع إلا بعد قبض الثمن كما تقرر بينهم وان كان الدعوى قبل تسليم المبيع ، بل هو باق في يد الوكيل قالوا : القول قول الموكل ، لأن الاصل عدم الأخذ ، ولايلزم الخيانة ولايلزم سد الباب ، كذا قيل وفيه تأمل .

تـذنيـب :

قد صرحوا بأن القول قول الوصي في الانفاق ، دون تسليم المال الى الموصى له ، وكذا القول في الأب والجد والحاكم مع اليتيم ، اذا أنكر القبض بعد بلوغه ورشده ، قال في المسالك : وظاهرهم هنا عدم الخلاف في تقديم قول الموصى له أو اليتيم في عدم القبض ، وهو يؤيد تقديم قول الموكل فيه ، للأشتراك في العلّة ، بل ربما كان الاحسان هنا أقوى .

أما الانفاق فخرج من ذلك ، مع أن الأصل عدم ما يدعيه المنفق لعسر اقامة البينة عليه في كل وقت يحتاج اليه ، فيلزم العسر والحرج المنفيين ، بخلاف تسليم المال ، انتهى .

أقول : لما كان المستند عندهم في عدم تضمين الأمين من وكيل وغيره ، وقبول قوله إنما هو آية (١) « ما على المحسنين من سبيل » وأن الودعي والوكيل بغير جعل فعلا احساناً محضاً ، فلايلحقهما الضمان ، بل يقبل قولهما استدل بعدم الخلاف في تقديم قول الموصى له أو اليتيم على تقديم قول الموكل في انكار الدفع اليه ، وان لم يكن الوكالة بجعل ، لأنه مع الجعل كما عرفت ، فالقول قول الموكل عندهم ، بل ربما كانت العلّة الموجبة لقبول قوله وهو الاحسان أقوى في جانب الوكالة ، لأنه يتصرف له ويبيع ويشتري ويسعى بغير جعل ، ولاريب أن الاحسان في هذه الحال أزيد منه في حفظ الوصي ، والولي الشرعي مال الموصى

(١) سورة التوبة ـ الاية ٩١ .

اليه ، واليتيم ، والدفع اليهما .

وأنت خبير بأنك اذا رجعت الى الأخبار التي قدمناها في الوديعة دليلاً على ما ذكرناه من كون الأمين مقبول القول فيما يدعيه ، بل لا يمين عليه وان كان خلاف المشهور بينهم ، وجدت أن موردها أنما هو من دفع ماله الى غيره بعنوان الوديعة ، أو الوكالة ، أو نحوهما ، لا من كان عنده مال لغيره بعنوان الوصاية أو الولاية الشرعية ، لأن موردها النهي عن اتهام من أتمنه ، بمعنى تصديقه فيما يدعيه ، ونحوها أخبار (١) « ما خانك الأمين ، ولكن ائتمنت الخاين » بالتقريب الذى تقدم ذيلها .

وبالجملة فان الخطاب بقبول قول الأمين إنما توجه للذى دفع اليه المال بمعنى أنك ائتمنته ، ووثقت بديانته وأمانته ، فلا تتهمه بعد ذلك ، بل صدقه فيما يدعيه ويقوله ، وماذكرهنا من الوصي والأب والجد والحاكم وان كانوا أمناء ، إلا أنهم لا يدخلون في عنوان تلك الأخبار ، بحيث يلحقهم الحكم المتفرع على الأمين فيها من سماع قوله ، فاستدلاله غير تام ، وهو نظر الى صدق الأمين في الموضعين واعتمد على التعليل العقلي الذي اعتمده ، ولم يطلع على الأخبار المذكورة ، فالواجب حينئذ في هذه المسئلة هو الرجوع الى القاعدة الكلّية الدالة (٢) على « أن البينة على المدعى واليمين على المنكر » وهي تقتضى تقديم قول الموصى له واليتيم لأنهما منكران ، وأما الوكيل ونحوه فقدعرفت أن مستنده تلك الأخبار الخاصة التي خصصنا بها تلك القاعدة ، فافترق الأمران ، والله سبحانه العالم .

تذنيب آخر :

قالوا : لواشترى انسان سلعة وادعي أنه وكيل في ذلك الشراء الآخر ،

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٣٢ ح٣٣، الكافي ج ٥ ص ٢٩٩ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٤ ح ٤ .

(٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٢٩ ح ٤ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٠ ح ١ ، المستدرك ج ٣ ص ١٩٩ ح ٥ الباب ٣ .

فانكر ذلك الآخر ، فان القول قوله بيمينه ، فإذا حلف اندفع عنه الشراء ، وحكم به للمشتري ، وحكم عليه بالثمن ، سواء اشترى بعين أم في الذمة ، ولكن يجب تقييده بعدم اعتراف البايع بكونه وكيلاً أو كون العين التي اشترى بها ملكا للمنكر ، أو قيام البينة بذلك ، وإلا يبطل البيع ، كما لو ظهر استحقاق أحد العوضين المعينين ، والله سبحانه العالم .

الثانية : اختلف الأصحاب فيما لو وكله على أن يزوجه امرأة ، فعقد له على امرأة ثم أنكر الموكل الوكالة بذلك ، فقيل : القول قول الموكل بيمينه ، لأنه منكر ، ويلزم الوكيل مهرها ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، قال : ويجوز للمرأة أن تتزوج بعد ذلك ، غير أنه لا يحل للموكل فيما بينه وبين الله تعالى الا أن يطلقها ، لأن العقد قد ثبت عليه ، وبه قال ابن البراج .

وقال في المبسوط : ان الذي على الوكيل إنما هو نصف المهر ، قال في المسالك : وهو المشهور بين الأصحاب ، وبه قال ابن الادريس ، ثم قوي بعد ذلك مذهب النهاية .

وقيل : ببطلان العقد نقله في المختلف عن بعض علمائنا ، قال بعض علمائنا: إذا أنكر الموكل الوكالة كان القول قوله مع اليمين ، فإذا حلف بطل العقد ظاهراً ، ولا مهر ، ثم الوكيل ان كان صادقاً وجب على الموكل طلاقها ونصف المهر ، قال في المختلف : وفيه قوة .

احتج الشيخ على القول الأول بأن المهر قد ثبت بالعقد ، ولا ينتصف الا بالطلاق ، ولم يحصل فيجب الجميع ، استدل على ماذهب إليه في المبسوط برواية عمر بن حنظلة (١) عن أبي عبدالله عليه‌السلام في رجل قال لآخر : اخطب لي فلانة ، فما فعلت من شيء مما قاولت من صداق أو ضمنت من شيء أو شرطت فذلك رضا لي ، وهو لازم لي ولم يشهد على ذلك ، فذهب فخطب له ، وبذل عنه الصداق

(١) التهذيب ج ٦ ص ٢١٣ ح ٣ ، الفقيه ج ٣ ص ٤٩ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٨ ح ١ .

وغير ذلك مما طالبوه وسألوه ، فلما رجع إليه أنكر ذلك ، قال يغرم لها نصف الصداق عنه ، وذلك أنه هو الذي ضيع حقها ، فلما أن لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال له ، حل لها أن تتزوج ولايحل للأول فيما بينه وبين الله تعالى الا أن يطلقها فان الله تعالى(١) يقول « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » فان لم يفعل فانه مأثوم فيما بينه وبين الله تعالى ، وكان الحكم الظاهر حكم الاسلام قد أباح الله لها أن تتزوج » رواه في التهذيب والفقية .

وظاهر الشرايع والمختلف كما سلف تقوية القول بالبطلان ، وهو ظاهره في المسالك أيضاً ، حيث قال بعد نقل الخبر المذكور : وفي سند الحديث ضعف ، ولو صح لم يمكن العدول عنه ، والقول الثالث الذي اختاره المصنف قوي ، ووجهه واضح ، فانه إذا أنكر الوكالة وحلف على نفيها انتفى النكاح ظاهراً ، ومن ثم يباح لها أن تتزج ، وقد صرح به في الرواية ، فينتفي المهر أيضاً ، لأن ثبوته يتوقف على لزوم العقد ، ولأنه على تقدير ثبوته إنما يلزم الزوج ، لأنها عوض البضع ، والوكيل ليس بزوج ، نعم لو ضمن الوكيل المهر كله أو بعضه لزمه حسب ما ضمن ، ويمكن حمل الرواية عليه ، وأما وجوب الطلاق على الزوج مع كذبه في نفس الأمر ووجوب نصف المهر فواضح ، انتهى .

ومرجع ردهم الخبر الى ما اشتمل عليه من ايجاب نصف المهر على الوكيل ، مع أنه ليس هو الزوج مع بطلان العقد بعد حلف الموكل ، فلايترتب عليه مهر ، ولهذا جوز لها أن تتزوج ، بناء على ذلك ، ولاشك في قوته بالنظر الى العقل ، الا أنه من الجائز كون الزام الوكيل بنصف المهر إنما هو عقوبة له حيث ضيع حقها بعدم الاشهاد ، والأحكام الشرعية لامسرح للعقول في الاطلاع عليها ، وأسبابها ، ويؤيد هذه الرواية صحيحة أبي عبيدة الحذاء (٢) المروية في الفقيه والتهذيب «عن

---

(١) سورة البقرة الاية ٢٢٩ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٣ ح ١٥٢ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٤ ح ٤٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٢٢٨ ح ١ .

أبي عبدالله عليه السلام في رجل أمر رجلاً أن يزوجه امرأة من أهل بصرة من بني تميم ، فزوجه امرأة من أهل الكوفة من بني تميم ، قال : خالف أمره ، وعلى المأمور نصف الصداق لأهل المرأة ، ولاعدة عليها ، ولاميراث بينهما ، قال فقال له بعض من حضر : فان أمره أن يزوجه امرأة ولم يسم أرضاً ولا قبيلة ، ثم جحد الأمر أن يكون قد أمره بذلك بعد ما زوجه ؟ قال : فقال : ان كان للمأمور بينة أنه كان أمره أن يزوجه ، كان الصداق على الآمر لأهل المرأة ، وان لم يكن له بينة فان الصداق على المأمور لأهل المرأة ، ولاميراث بينهما ، ولا عدة ، ولها نصف الصداق ان كان فرض لها صداقاً » ، وزاد في الفقيه « فان لم يكن سمى لها صداقاً فلا شيء لها » ، والرواية كما ترى صحيحة صريحة فيما دلت عليه الرواية الأولى، ويؤكده السؤال الأول من هذه الرواية أيضاً ، والمفهوم من جملة هذه الروايات أن المرأة بالعقد عليها استحقت المهر على الزوج ، لكن لما أنكر الزوج الوكالة ولا بينة، وحلف انتفى النكاح ، ولكن جعل حقها من المهر على الوكيل ، حيث ضيع حقها بعدم الاشهاد على الوكالة ، وإذا كان وجوب ذلك على الوكيل إنما هو لما ذكرناه ، فلا ينافيه بطلان العقد ، ألاترى ان العقد في السؤال الأول من الصحيحة المذكورة باطل ، حيث انه ليس هو المأمور به ، مع أنه عليه السلام حكم على الوكيل بنصف المهر عقوبة له .

وبالجملة فان الحكم المذكور بعد دلالة هذين الخبرين لامجال للمنازعة فيه ، سيما بعد اعترافه في المسالك بأنه لوصح لم يمكن العدول عنه ، وهذه الرواية الثانية التي ذكرناها صحيحة السند ، لأن الشيخين المذكورين روياها عن الحسن بن محبوب عن مالك بن عطية عن أبي عبيدة الحذاء ، والثلاثة المذكورون ثقات ، والطريق إلى الحسن بن محبوب صحيح في الكتابين ، فلامجال للتوقف فيها .

قال في المسالك : واعلم أن المرأة إنما يجوز لها التزويج مع حلفه إذا لم

تصدق الوكيل عليها ، والا لـم يجز لها التزويـج قبل الطلاق ، لأنها باعترافها زوجة ، بخلاف ما إذا لم تكن عالمة بالحال ، فلوامتنع من الطلاق لم يجبرعليه، لانتفاء النكاح ظاهـراً ، وحينئذ ففـي تسلطها على الفسخ دفعاً للضـرر ، أو تسلط الحاكم على الطلاق ، لأن له ولايـة الاجبار علـى الممتنع أو بقائها كذلك حتى يطلق ، أو يموت أوجه ، انتهى والله سبحانه العالم .

الثالثة : لو ادعى الوكيل الاذن في البيع بثمن معين فأنكـر المالك الاذن في ذلك القدر ، فالمشهور وهوقـول الشيخ في المبسوط أن القول قول الموكـل بيمينه ، لأنه كما أن القول قوله في أصل الوكالة فكذا في صفتها ، لأنها فعله ، وهوأعرف بحاله ومقاصده الصادرة عنه ، ولأن الأصل عـدم صدور التوكيل على الوجه الذي يدعيه الوكيل ، وحينئذ فإذا حلف الموكل بطل البيـع ، ووجب أن يستعاد العين ان كانت باقية ، ومثلها أو قيمتها ان تلفت .

وقيل : انه يلزم الدلال اتمام ما حلف عليه المالك ، صـرح به الشيخ في النهاية ، ورد بأنه ضعيف لا مستند له ، وحمله في المختلف على تعـذر استعادة العين عن المشترى والقيمة ، وتكون القيمة مساوية لما ادعاه المالك ، ولا يخلو عن بعد ، وحيث علم بطلان البيع بحلف الموكل على عـدم ما ادعاه الوكيل ، فلا يخلو إما أن تكون العين باقية أو تالفة ، وعلى كل منهما فإما أن يصـدّق المشترى الوكيل في الوكالة وصحة البيـع أم لا ، وعلى فـرض التلف فإما أن يرجع الموكل على المشترى أو على الوكيل ، فهذه خمس صور :

الأولـى : أن تكون العـين باقية ، ولم يصـدّق المشترى الوكيل ، فان الموكل يسترجع العين من كل من كانت في يده ، ويرجع المشترى على الوكيل بالثمن الذى دفعه اليه ان دفع اليه ذلك .

الثانية : الصورة بحالها ولكن صدّق المشترى الوكيل ، والحكم بالنسبة الى استرجاع العين كما تقدم ، وأما بالنسبة الى رجوع المشترى على الوكيل بالثمن، فانه

بتصديقه للوكيل وحكمه بصحة البيع ، وأن الموكل ظالم بابطاله ، فانه انما يرجع على الوكيل بأقل الأمرين من الثمن الذى دفعه وقيمة المبيع ، لأن الثمن إن كان هو الأقل فليس في يد الوكيل من مال الموكل الذى هو ظالم للمشترى في أخذ العين بزعمه ، سواء فيأخذه قصاصاً ، لأن هذا الثمن بزعم الوكيل والمشترى انما هو مال الموكل كما عرفت ، وان كان الثمن المدفوع أكثر من القيمة فالمشترى ليس له أكثر من القيمة ، لأن حقه شرعاً بزعمه انما هي العين ، إلا أنه بأخذ الموكل لها وحيلولته بينه وبينها ، يرجع الى قيمتها ، فليس له شرعاً إلا القيمة خاصة ، وعلى هذا فالزائد من الثمن في يد الوكيل مجهول المالك ، لأن الوكيل ليس له شيء من ذلك ، والمشترى ليس له إلا قيمة ماله ، والموكل لايدعيه .

الثالثة : تلف العين مع التصديق ، ولا خلاف في أن للموكل الرجوع بالقيمة مع التصديق على أيهما شاء ، أما المشترى فلتلف المال في يده ، وأما الوكيل فلعدوانه ظاهراً ، فيدهما يد ضمان إلا أنه متى رجع الموكل على المشترى بالقيمة مع تصديقه لم يرجع المشترى على الوكيل ، لتصديقه له في صحة البيع وزعمه أن المالك ظالم في رجوعه عليه فلا يرجع على غير ظالمه ، هذا مع عدم قبض الوكيل الثمن من المشترى .

وأما لو قبضه منه ، والحال أنه لايستحقه ، والموكل لايدعيه ، فانه يرجع به المشترى عليه ، لكن إذا كان المدفوع بقدر القيمة أو أقل ، فالرجوع به ظاهر ، وإلا رجع بمقدار ما غرمه للمالك من قيمة العين ، فلو كان المدفوع أزيد كان الزائد في يد الوكيل مجهول المالك ، لأن المشترى لتصديقه وصحة البيع عنده فحقه شرعاً إنما هو البيع الذى تلف عنده ، لكن لما أغرمه الموكل القيمة فالذى له إنما هو ما غرمه يرجع به على ما دفعه الى الوكيل ، فاذا كان الثمن الذى دفعه أولاً زائداً على القيمة ، وعلى ما أغرمه الموكل فتلك الزيادة لايستحقها بوجه ، والوكيل لايستحقها ، والمالك لايطلبها ، لانكاره البيع . فتصير

مجهولة المالك ، إلا أنه يحتمل وجوب دفعها الى المالك ، لأنه بمقتضى زعمهما صحة البيع تكون مال المالك ، فيجب عليهما بمقتضى مايزعمانه أن يدفعاها له ، ويأتي هذا الاحتمال في زيادة الثمن في الصورة الثانية أيضاً .

الرابعة : الصورة بحالها مع عدم التصديق ، قالوا : يرجع على الوكيل بما غرمه أجمع لغروره ، ولو كان الثمن الذى دفعه الى الوكيل أزيد مما غرمه رجع به عليه لفساد البيع ظاهراً عنده .

الخامسة : رجوع الموكل على الوكيل مع التلف ، فانه في هذه الصورة يرجع الوكيل على المشترى بالأقل من ثمنه ، وما اغترمه ، لأنه ان كان الثمن هو الأقل فهو يزعم أن الموكل لايستحق سواه ، وأنه ظالم يأخذ الزائد من القيمة فلا يرجع به على المشترى ، وان كانت القيمة التى اغترمها الأقل فانه لم يغرم سواها ، لكن يبقى الزائد مجهول المالك ظاهراً ، مثلاً ثمنه الذى باع به ثمانون درهماً ، والذى اغترمه للمالك مائة درهم ، فانه انما يرجع بالثمانين ، خاصة للعلّة المذكورة أو ان الثمن مائة درهم ، والذى اغترمه ثمانون درهماً ، فانه انما يرجع بما اغترمه .

بقي الكلام في هذه العشرين الزائدة ، فانها مجهولة المالك ، لأن الموكل لايستحقها بزعمه ، وموافقة الظاهر له ، والوكيل قد خرج عن الوكالة بانكار الموكل ، فليس له قبضه ، وينتزعه الحاكم الشرعي ، ويتوصل الى تحصيل مالكه ، هذا خلاصة كلامهم في المقام .

ولو قيل : بالتصدق بهذا الزائد المجهول في جميع هذه الصور عن صاحبه ، كما في المال المجهول الصاحب ، كان وجهاً لدخوله تحت عموم أخبار تلك المسئلة ، والله سبحانه العالم .

المسئلة الرابعة : قيل : اذا اشترى الوكيل لموكله كان البايع بالخيار ، ان شاء طالب الوكيل ، وان شاء طالب الموكل ، وعلل بأن الحق على الموكل ،

والعقد على الوكيل ، فيتخير في مطالبة أيهما شاء والظاهر ضعفه ، وقيل : باختصاص المطالبة بالموكل مع العلم بالوكالة ، والاختصاص بالوكيل مع الجهل بذلك وعلل أما مع الجهل ، فلان العقد وقع معه ، والثمن لازم له ظاهراً فله مطالبته وأما مع العلم بكونه وكيلاً فلأنه يكون نائباً عن غيره ، فلاحق له عنده ، بل عند الموكل ، والى هذا القول مال في الشرايع .

وأورد عليه بأن الحكم بمطالبة الموكل مع العلم ، والوكيل مع الجهل لا يتم على اطلاقه ، لأن الثمن لو كان معيناً لم يكن له مطالبة غير من هو في يده ، وقيل : اذا اشترى الوكيل بثمن معين ، فان كان في يده طالبه البايع به والا طالب الموكل ، لأن الملك يقع له ، وان اشترى في الذمة ، فان كان الموكل قد سلم اليه ، ما يصرفه الى الثمن ، طالبه البايع أيضاً ، وان لم يسلم فان أنكر البايع كونه وكيلاً أو قال لا أدري هل هو وكيل أم لا ، ولا بيّنة طالبه وان اعترف بوكالته ، فالمطالب بالثمن الموكل لاغير ، لوقوع الملك له ، والوكيل سفير بينهما ومعين للموكل ، فلا يغرم شيئاً ، والقول المذكور للتذكرة ، قال وهو أحد وجوه الشافعية .

والثاني : أن البايع مع تصديق الوكالة يطالب الوكيل لاغير ، لأن أحكام العقد يتعلق به ، والالتزام وجد منه .

والثالث : أنه يطالب من شاء منهما نظراً الى الظاهر والمعتمد الاول انتهى .

أقول : وما اعتمده هو أقرب الاقوال ، إلا أنه لا يخلو من الخدش في بعض هذه الترديدات ، والظاهر هو ما فصله في المسالك قال : والاولى أن يقال في المسئلة ان الحق اما أن يكون معيناً أو مطلقا ، وعلى التقديرين فاما أن يسلّم الى الوكيل أم لا ، وعلى التقادير فاما أن يكون البايع عالماً بوكالته أو غير عالم ، وحكمها أنه متى كان الثمن معيناً فالمطالب به من هو في يده ، سواء في ذلك الوكيل أو الموكل وان كان في الذمة ودفعه الموكل إلى الوكيل تخير البايع في مطالبة

أيهما شاء مع علمه بالوكالة ، اما الوكيل فلأن الثمن في يده ، وأما الموكل فان الشراء له ، ومادفع لاينحصرفي الثمن بعد ، وان لم يكن دفعه الى الوكيل ، فله مطالبة الوكيل مع جهله بكونه وكيلا ، وعدم البينة عليها ، والموكل مع علمه ، انتهى .

ومنه يعلم أن ما أطلقه في التذكرة من أنه متى كان في الذمة وقد سلمه الموكل الى الوكيل ، فانه يطالب الوكيل ليس كذلك ، بل الاظهر كما ذكره في المسالك هوالتخييرمع العلم بالوكالة .

الخامسة: قالوا : اذا طالب الوكيل بحق موكله فأجابه من عليه الحق بأنك لاتستحق المطالبة لم يلتفت الى هذا الجواب ، لانه مكذب للبينة القائمة على الوكالة ، فان مقتضى البينة ثبوتالوكالة ، وقضية ثبوت الوكالة استحقاق المطالبة ، وأورد عليه بأن نفي استحقاق المطالبة لايستلزم تكذيب البينة ، لانه يجوزثبوت الوكالة ثم عزله عنها ، أوالابراء من الحق المدعى ، أوالأداء الىالموكل أو وكيلآخر ، وفي جميع هذهالوجوه لايستحق المطالبة وان ثبت كونه وكيلا ، ولهذا نقل عن القواعد أنه استشكل الحكم المذكور ، وأجيب عن هذا الاشكال بأن نفيالاستحقاق لماكان مشتركاً بين مايسمع ومالايسمع لم يسمع الا بعدالتحرير لأنه لاتعد دعوى شرعية الابعد تحريرها ، ولوأجاب من عليه الحق بأن قال عزلك الموكل ، أو أن الموكل أبرأه من الحق لم يسمع ، الا أن يدعيالعلم على الوكيل ، فله عليه اليمين بعدم العلم .

السادسة: لاخلاف بين المسلمين في قبول شهادة الوكيل علىموكله ، لحصولالشرائط وانتفاءالموانع ، وكذا لاخلاف في قبولها له فيما لاولاية له عليه مطلقاً ، وأما فيما له ولاية ووكالة فيه ، فتقبل عندالاصحاب فيه أيضاً إذا كانت الشهادة بعد العزل ، مالم يكن أقام الشهادة حينالوكالة ، فانه باقامتهاحينالوكالة ترد للتهمة ، وكذا ترد فيما لو لميكن عزله بعد شروعه في المنازعة والمخاصمة .

قال في التذكرة : تقبل شهادة الوكيل مع الشرائط على موكله مطلقاً ، وتقبل لموكله في غير ما هو وكيل فيه ، كما لو وكله في بيع دار فشهد له بعد ، ولو شهد فيما هو وكيل فيه ، فان كان ذلك قبل العزل لم تقبل ، لأنه متهم حيث يجر إلى نفسه نفعا ، وهو ثبوت ولاية التصرف لنفسه ، وان كان بعد العزل ، فان كان قد خاصم الغريم فيه حال وكالته لم تقبل منه أيضاً ، لأنه متهم أيضاً ، حيث يريد تمشية قوله ، واظهار الصدق فيما ادعاه أولا وان لم يخاصم سمعت شهادته عندنا ، انتهى .

أقول : لا يخفى ما في هذه التعليلات من الاشكال في ابتناء الأحكام الشرعية عليها ، بعد ثبوت العدالة في الشاهد ، ثم أنه أي نفع هنا في ثبوت ولاية التصرف له ، بل ربما كان الضرر أظهر باشتغاله بذلك عن القيام بأموره ، ونظم معاشه ومعاده ونحو ذلك .

وإلى ما ذكرناه يميل كلام المحقق الاردبيلي حيث قال : وأما وجه العدم على أحدهما فهو التهمة ، ووجه عدم القبول حين الوكالة فيما وكل فيه جر النفع وفيهما تأمل ، إذ قد لا يكون جر نفع ، ولا نسلم كون مطلق الولاية والوكالة نفعاً ، بل قد يكون مضراً ، وكذا التهمة وكون مثلها مانعاً ــ من قبول الشاهد المقبول ــ يحتاج إلى الدليل ، بعد الدليل على قيام شهادة العدل المتصف بالشرائط سوى هذا المتنازع ، فتأمل انتهى وهو جيد .

السابعة : قالوا : لو وكله في قبض دين من غريم له ، فأقر الوكيل بالقبض، وصدقه الغريم ، وأنكر الموكل فالقول قول الموكل ، وتردد فيه في الشرايع .

وقال في التذكرة إذا وكل وكيلاً باستيفاء دين له على انسان ، فقال : قد استوفيته فأنكر الموكل نظر ، فان قال : قد استوفيته وهو عندي فخذه فعليه أخذه ، ولا معنى لهذا الاختلاف ، وان قال : استوفيته وتلف في يدي فالقول قوله مع يمينه على نفي العلم باستيفاء الوكيل ، لأصالة بقاء الحق ، فلا يقبل قول

الوكيل والمديون الا ببينة ، لأن قولهما على خلاف الأصل ، انتهى .

أما لو أمره ببيع سلعة وتسليمها وقبض ثمنها فتلف الثمن من غير تفريط فأقر الوكيل بالقبض وصدقه المشتري وأنكر الموكل فالقول قول الوكيل .

قالوا : والفرق بين الصورتين أن الدعوى في الصورة الثانية على الوكيل من حيث سلم المبيع ولم يقبض الثمن ، بناء على زعم الموكل ، وهو موجب للضمان ، لأنه نوع خيانة كما تقدم ذكره في آخر المسئلة الأولى من هذا المطلب ، وفي الصورة الأولى الدعوى على الغريم ، والأصل بقاء ماله عليه ، وتنظر في الفرق المذكور في الشرايـع .

أقول : والظاهر من النصوص الدالـة على قبول قول الأمين هو تقديم قـول الوكيل في الصورتين المذكورتين ، لاشتراكهما في كون محل النزاع هو تصرف الوكيل ، وقد عرفت فيما تقدم أن قوله مقبول في ذلك ، والظاهر أنه من أجل ذلك تردد المحقق في الصورة الأولى حيث حكموا فيها بتقديم قول الموكل ، وتنظر في الفرق المذكور في الثانية ، وبالجملة فالظاهر هو تقديم قول الوكيل في الموضعين .

قال في التذكرة : لو وكله في البيع وقبض الثمن أو البيع مطلقا ، وقلنا أن الوكيل يملك بالوكالة في البيع ، قبض الثمن واتفقا على البيع ، واختلفا في قبض الثمن ، فقال الوكيل قبضته وتلف في يـدي ، وأنكـر الموكل ، أو قال الوكيل : قبضته ودفعته اليك ، وأنكر الموكل القبض ، فالأقـوى عدم قبول قول الوكيل في ذلك ، وللشافعية في ذلك طريقان : أحدهما أنه على الخلاف المذكـور في البيع وساير التصرفات وأظهرهما عندهم أن هـذا الاختلاف ان كـان قبل تسليم المبيع فالقول قـول الموكل ، لما في المسئلة السابقة ، و ان كـان بعد تسليمه فوجهان : أحدهما أن الجـواب كذلك ، لأن الاصـل بقاء حقه ، وأصحهما أن القول قـول الوكيل ، لأن الموكل ينسبه إلى الخيانة بالتسليم قبل قبض الثمن ، ويلزمه الضمان والوكيل ينكره فأشبه ما إذا قال الموكل ، طالبتك برد المال الذي دفعته اليك ،

أو بثمن المبيع الذي قبضته ، فامتنعت مقصراً إلى أن تلف ، وقال الوكيل لم تطالبني بذلك ، ولم أكن مقصراً ، فان القول قوله ، انتهى .

أقول : قوله فالأقوى عدم قبول قول الوكيل في ذلك في نسختين عندي من نسخ الكتاب ، وهو خلاف ما صرح به الأصحاب من أن القول هنا قول الوكيل ، كما عرفت من كلامهم في الفرق بين الصورتين المتقدمتين ، ولم أقف أيضاً على من نقل الخلاف عن التذكرة في ذلك ، فليتأمل في ذلك ، والاصحاب إنما حكموا بتقديم قول الوكيل هنا بناء على كون الدعوى بعد تسليم العين إلى المشتري ، بالتقريب الذي نقله هنا عن أصح قولي الشافعية .

وأما لو كانت الدعوى قبل تسليم العين بل هي باقية في يد الوكيل فان القول عندهم قول الموكل لما ذكره ، وما تقدم في المسئلة الاولى ، وان كان الحكم في ذلك عندي هنا لايخلو عن اشكال بالنظر إلى ظواهر الاخبار الدالة على قبول قول الأمين مطلقا والوكيل أمين كما عرفت ، فلامعنى لترجيح قول الموكل بأصالة عدم القبض ونحو ذلك ، لأن مقتضى العمل بالاخبار المذكورة تخصيص هذا الاصل والخروج عنه ، فان الاصل العدم في كل مايدعيه الأمين ، فلامعنى للعمل بها في موضع واطراحها في آخر بل الواجب العمل بها في الجميع ، إلا أن العذر لهم انهم إنما استندوا في قبول قوله إلى الاجماع ، والدليل العقلي الذي تقدم نقله عنهم ، ولم يذكروا الأخبار أو لم يطلعوا عليها بالكلية ، والاجماع لايقوم حجة في موضع النزاع والخلاف .

بقي الكلام هنا في مواضع ـ الاول : قال في التذكرة على أثر الكلام المتقدم : وهذا التفصيل فيما إذا أذن في المبيع مطلقا أو حالاً فان أذن في التسليم قبل قبض الثمن ، أو أذن في البيع بثمن مؤجل ، وفي القبض بعد الأجل ، فهيهنا لايكون خائناً بالتسليم قبل القبض ، والاختلاف كالاختلاف قبل التسليم ، انتهى .

أقول : مراده أن تقديم قول الوكيل إنما هوفي موضع يستلزم نسبته إلى

الخيانة ، والحال أنه أمين ، فيقدم قوله ، والموضع الذي يستلزم ذلك هو كل موضع يتوقف التسليم فيه على القبض ، أما لو لم يكن كذلك بأن يأذن له في التسليم قبل قبض الثمن ، أو أذن له في البيع بثمن مؤجل ، والقبض بعد الأجل ، فان مرجع الاختلاف بينهما في هذه الحال إلى صورة الاختلاف قبل تسليم المبيع ، بمعنى أن القول قول الموكل ، وفيه ما تقدمت الاشارة اليه من أن مرجع ذلك إلى دعوى الوكيل التصرف بقبض الثمن والتلف ، وقد عرفت أن قوله مقدم فيها ، الا أنه يمكن أن يقال أيضاً : ان دعوى التلف الذي يقبل قوله فيه إنما هو بعد القبض ، والحال أنه منتف هنا كما هو المفروض ، وبالجملة فالحكم هنا لايخلو عن شوب الاشكال .

الثاني : إذا قلنا أن القول قول الوكيل في قبض الثمن من المشتري ، فحلف الوكيل على قوله ، فهل يحكم ببرائة ذمة المشترى أم لا ؟ وجهان : قوى أولهما في التذكرة واستظهره في المسالك ، وعلل بأن الحق واحد ، فإذا قبل قول الوكيل في قبضه ، فكيف يتوجه ايجابه على المشتري .

وثانيهما أنه لايبرىء ذمة المشتري لاصالة عدم الاداء ، وإنما قبلنا من الوكيل في حقه لايتمانه اياه ، بمعنى أن قبول قول الوكيل في قبضه إنما هو من حيث كونه أميناً يقبل قوله ، وهذا المعنى مفقود في المشتري ، إذلا يقبل قوله في ذلك لو كان النزاع معه ابتداء ، واستحسن هذا الوجه في التذكرة أيضاً ، والوجهان المذكوران للشافعية كما نقله في التذكرة ، والتعليلات المذكورة لهم .

الثالث ـ إذا حلف الوكيل وقلنا ببراءة المشتري بذلك ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً ، فان رده على الموكل وغرمه الثمن لم يكن له الرجوع على الوكيل ، لاعترافه بأن الوكيل لم يأخذ شيئاً ، وان رده على الوكيل وغرمه لم يرجع على الموكل ، والقول قول الموكل بيمينه في أنه لم يأخذ منه شيئاً ، ولايلزم من تصديقنا الوكيل في الدفع عن نفسه بيمينه ان نثبت بها حقاً على غيره ولو خرج

المبيع مستحقا رجع المشتري بالثمن على الوكيل ، لأنه دفعه إليه ، ولارجوع له على الموكل للامر ،كذا ذكره في التذكرة ، والظاهر أنه أشار بقوله للامر إلى ما قدمه من أن القول قول الموكل بيمينه في أنه لم يأخذ من الوكيل شيئاً .

وكيف كان فظاهر كلامه هنا هو الفرق بين صورة ظهور العيب ، وصورة خروج كونه مستحقا ، وأنه في الصورة الثانية انما يرجع على الوكيل خاصة ، ولارجوع اه على الموكل ، وأما في الصورة الأولى فان له الرجوع على كل منهما كما ذكره في رجوع كل منهما على الآخر ما عرفت .

والمفهوم من كلام الأصحاب هو الخلاف في هذه الصورة أعني الأولى ، فعن الشيخ وبه صرح جمع منهم ، بل الظاهر أنه الأشهر هو أنه يرجع المشتري على الوكيل خاصة ، دون الموكل ، وعلل بأنه لم يثبت وصول الثمن الى الموكل ، واختار في الشرايع الرجوع على الموكل ، قال بعد نقل القول الاول : ولو قيل برد المبيع على الموكل كان أشبه ، وهو مؤذن بأنه لاقائل بذلك قبله واختار ذلك في المسالك أيضاً ، قال : والأقوى ما اختاره المصنف ، لان الملك له ، والوكيل نائب عنه ، والبايع في الحقيقة هو الموكل ، ووصول الثمن اليه ، وعدمه لامدخل له في هذا الحكم أصلا ، بل لايجوز رده على الوكيل ، لانه ينعزل بالبيع ان لم يكن وكيلاً في قبض المبيع على تقدير رده بالعيب ، وكيف كان فقول الشيخ ضعيف ، وكذا تعليله ، انتهى والله سبحانه العالم بحقايق أحكامه ونوابه القائمون بمعالم حلاله وحرامه ، والحمدلله رب العالمين وصلى الله على محمد واله الطاهرين .



كتاب الوقوف والصدقات
ومايتبعهامن الحبس والسكنى والهبات

وتفصيل البحث في هذه المذكورات يقع فى مقاصد أربعة :

المقصد الاول فى الوقف :

وهو ثابت بالنص والاجماع ، وستأتى النصوص بذلك في محلّها ، وقد ورد الترغيب فيه وفي جملة من الأخبار وان عبر فيها بلفظ الصدقة ،فان هذا الاطلاق كان شايعاً في الصدر الأول كما دلّت عليه جملة من الأخبار .

ومن الأخبار المشار اليها ما رواه في الكافي والتهذيب عن هشام بن سالم (١) « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ليس يتبع الرجل بعد موته من الأجر إلا ثلاث خصال صدقة أجراها في حياته ، فهي تجري بعد موته ، وسنّة هدى سنّها ، فهي يعمل بها بعد موته ، أو ولد صالح يدعو له » .

وما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٢) « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ليس يتبع الرجل بعد موته من الأجر إلا ثلاث خصال ، صدقة أجراها في حياته ، فهي تجري بعد موته ، وصدقة مبتولة لاتورث ، أو سنّة هدى فهي يعمل بها بعده ، أو ولد صالح يدعو له » .

وعن معاوية بن عمار (٣) في الصحيح « قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : مايلحق الرجل بعد موته ؟ قال : سنّة يسنها يعمل بها بعد موته ، فيكون له مثل أجر من عمل بها من غير أن ينتقص من أجورهم شيء ، والصدقة الجارية تجري من بعده والولد الطيب يدعو لوالديه بعد موتهما ، ويحج ويتصدق ويعتق عنهما ، و يصلّي ويصوم عنهما ، فقلت : أشركهما في حجي ؟ قال : نعم » .

وعن أبي كهمس (٤) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ستة تلحق المؤمن بعد وفاته ولد يستغفر له ، ومصحف يخلفه ، وغرس يغرسه ، وقليب يحفره ، وصدقة يجريها ، وسنّة يؤخذ بها من بعده » .

وعن اسحق بن عمار (٥) عن أبي عبدالله عليه السلام يتبع الرجل بعد موته ثلاث خصال ، صدقة أجريها في حياته ، فهي تجري له بعد وفاته ، وسنّة هدى سنّها ، فهي يعمل بها بعد موته ، وولد صالح يدعو له » .

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٥٦ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٢ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٢ ح ١ .

(٢) و (٣) الكافي ج ٧ ص ٥٦ و ص ٥٧ ح ٢ و ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٢ ح ٢ و ص ٢٩٣ ح ٤ .

(٤) و (٥) الكافي ج ٧ ص ٥٧ و ص ٥٦ ح ٥ و ٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٣ ح ٥ و ٣ .

قال في المسالك : قال العلماء الصدقة الجارية الوقف ، وهو تعريف ببعض الخواص ، وكيف كان فاللفظ الصريح في عقده وقفت ، لأنه الموضوع له لغة وشرعاً وقد صرح جملة من الأصحاب بان أوقفت بالهمزة لغة شاذة فيه ، قال في المسالك والظاهر أن الصيغة بها صحيحة ، وان كانت غير فصيحة ، وأما غير هذا اللفظ من الالفاظ مثل حبّست ، وسبّلت فقيل : أنه يصير وقفاً من غير توقف على القرينة ، للحديث النبوي (صلى الله عليه وآله وسلّم) المتقدم . وقيل : لا يكون الا مع القرينة .

وأما أبدت وحرمت وتصدقت فلا يحمل على ذلك الا مع القرينة ، كقيد التأبيد ، ونفي البيع ، والهبة والارث ونحوها .

والوجه في ذلك أن الوقف لما كان من العقود الناقلة للملك على وجه اللزوم ، افتقر الى اللفظ الصريح الدال على ذلك ، وهذه الألفاظ لما كانت مشتركة بين هذا المعنى وغيره ، ولم تكن صريحة فيه امتنع الحكم بدلالتها على ذلك ، فانه يصح اطلاقها على التمليك المحض واخراج الزكاة والصدقات المطلقة ، والهبات ونحوها ، فلابد في الحكم بالوقف فيها من ضم قرينة تدل على ارادة ذلك ، كقوله صدقة موقوفة ، أو دائمة أو مؤبدة وأن لا تباع ، ولا توهب ، ونحو ذلك .

وقد ظهر مما ذكرناه أن الالفاظ المعبر بها في عقد الوقف منها ما هو صريح فيه ، لا يتوقف على قرينة اجماعاً ، وهو لفظ وقفت .

ومنها ما هو متوقف على القرينة اجماعاً كحرمت وتصدقت وأبدت .

ومنها ما هو مختلف فيه كحبّست وسبّلت ، فذهب جمع منهم العلامة في التذكرة والقواعد إلى أنهما صريحان ، كوقفت ، ومثلهما احبست بزيادة الهمزة بغير اشكال ، نظراً إلى الاستعمال العرفي لهما فيه مجردين ، كما ورد في الخبر النبوي (صلى الله عليه وآله وسلّم) المتقدم فانه أطلق عليه تحبيس الأصل ، ورد بأن مجرد الاستعمال أعم من المطلوب ، والظاهر وجود القرينة في هذا الاستعمال ومعها لا اشكال فيه .

والمراد بالصدقة الجارية في هذه الأخبار هي الوقف كما أشار اليه الشهيد في الدروس ، وقال ابن فهد في موجزه : قال العلماء : المراد بالصدقة الجارية الوقف فان قيل : المعدود في الحديث الثاني أربع خصال ، مع أنه صرح في صدر الخبر بأنها ثلاث خصال ، قلنا : المعدود فيه إنما هو ثلاث ، ولكنه قسم الصدقة التي هي احدى الثلاث إلى قسمين ، صدقة أجريها في حياته ، فهي تجري بعد موته ، وهي الوقف كما ذكرناه ، وصدقة مبتولة لا تورث ، ولعلّه مثل بناء المساجد والرباطات وحفر الآبار ، وبناء القناطر ، ونحو ذلك ، ولعل المراد بكونها مبتولة كونها مراداً بها وجه الله عز وجل والتقرب إليه .

وذكر الشيخ في المبسوط أن أوقاف الجاهلية كانت أربعة ، السائبة والبحيرة والوصيلة والحام ، ثم بيّن معانيها الى أن قال : وجاء الشرع بإبطالها ، قال الله تعالى (١) « ماجعل الله من بحيره ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام ، ولكن الذين كفروا يفترون على الله الكذب » الآية .

والبحث في هذا المقصد يقع في مطالب : الأول ـ في العقد ومايلحق به ، والكلام فيه يقع في موضعين : الأول ـ قالوا : الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة قيل : وهذا التعريف تبعاً للحديث النبوي (٢) « عنه (صلى الله عليه وآله وسلم) قال : حبّس الأصل وسبّل الثمرة » والمراد بتحبيس الأصل المنع من التصرف فيه ، كالتصرف في الأملاك بالبيع والهبة ، والصدقة ونحوها ، بحيث يكون ناقلا للملك ، وتسبيل الثمرة اباحتها للموقوف عليه ، بحيث يتصرف فيها كتصرفه في أملاكه .

وجملة من الأصحاب عبّروا باطلاق المنفعة عوض لفظ التسبيل ، وهو أظهر في مقابلة التحبيس ، وعرفه في الدروس بأنه الصدقة الجارية ، قال : وثمرته تحبيس الأصل واطلاق المنفعة ، قيل هذا التعريف تبعاً لما ورد في الأخبار المتقدمة .

(١) سورة المائدة ـ الآية ١٠٣ .

(٢) المستدرك ج ٢ ص ٥١١ الباب ٢ ح ١ .

وذهب جمع ومنهم المحقق والعلامة في غير الكتابين المذكورين إلى افتقارهما إلى القرينة ، لاشتراكهما في الاستعمال بينه وبين غيره ، والمشترك لا يدل على شيء من الخصوصيات من حيث هو ، ولاصالة بقاء الملك إلى أن يحصل الناقل الشرعي ، وهو غير معلوم .

وأما اقوال المتقدمين من الأصحاب في المقام فمنها قول الشيخ في الخلاف ، قال : إذا تلفظ بالوقف فقال : وقفت أو حبست أو تصدقت ، أو سبلت وقبض الموقوف عليه أو من يتولى عنه لزم الوقف .

وهذا الكلام كما ترى يعطي صحة الوقف بأي هذه الالفاظ من غير توقف على قرينة ، مع أنه قد ادعي الاجماع على الاختصاص بلفظ الوقف ، والاجماع على العدم مع عدم القرينة في لفظ تصدقت وحرمت ، كما قدمنا ذكره ، وقال في الخلاف أيضاً : الفاظ الوقف التي يحكم بصريحها قوله ، وقفت وحبست وسبلت وماعداها يعلم بدليل ، وباقراره أنه أراد به الوقف ، وذلك كقوله تصدقت وحرمت وأبدت وبذلك قال ابن زهرة ، وقطب الدين الكيدري .

وقال في المبسوط : الذي يقوى في نفسي أن صريح الوقف قوله واحد ، وهو وقفت لا غير ، وبه يحكم بالوقف فأما غيره من الألفاظ فلا يحكم به الا بدليل ، وهو قول ابن ادريس قال : لأن الاجماع منعقد على أن ذلك الصريح في الوقف ، وليس كذلك ماعداه .

قال في المختلف بعد نقل هذه الاقوال : والوجه ما قاله الشيخ في المبسوط ، لنا اصالة بقاء الملك على صاحبه ، وعدم خروجه عنه الا بوجه شرعي ولا عرف شرعي هنا سوى صريح الوقف ، لاشتراك البواقي بينه وبين غيره ، والموضوع للقدر المشترك لا دلالة له على شيء من الخصوصيات بشيء من الدلالات نعم إذا انضم القرائن صار كالصريح في صحة الوقف به .

بقي الكلام هنا في أمور : الأول : لو نوى الوقف فيما يفتقر إلى القرينة

وقع الوقف باطناً ، ودين بنيته ، ولواعترف بذلك أخذ باعترافه ، كما أنه لو لم ينو بالصريح الوقف لم يكن وقفاً باطناً ، وان حكم به بظاهر اللفظ ، لأن المدار في الصحة واقعاً إنما هو على القصود والنيات .

والفرق بين الصريح وغيره مع اشتراكهما في اعتبار القصد والنية أن الصريح يحمل عليه ظاهراً ، قصد أو لم يقصد ، بخلاف غيره ، فانه لا يحكم عليه الا مع القرينة ، أو الأعتراف بقصد الوقف ونيته ، وهو معنى كونه يدان بنيته .

الثاني : نقل عن العلامة في التذكرة الفرق بين اضافة لفظ الصدقة إلى جهة عامة كقوله تصدقت بهذا على المساكين ، واضافته إلى جهة خاصة ، كقوله لمعين تصدقت به عليك أو عليكم فجعل الأول ملحقاً بالصريح ، فيكون وقفاً بخلاف الثاني ، فانه يرجع فيه إلى نيته كما أطلقه غيره ، ورد بان الفرق غير واضح .

الثالث : ظاهر عبارات أكثر الاصحاب وهو صريح العلامة في التذكرة والقواعد أن كل واحد من الألفاظ الثلاثة التي هي غير صريحة في الوقف اجماعاً يقع الوقف بكل منها مع نيته ، أو انضمام غيره اليه ، وقال الشهيد في الدروس : ان ظاهر الأصحاب يدل على أن تصدقت وحرمت صيغة واحدة ، فلا تغني الثانية عن الأول ، وتغني الأولى مع القرينة ، قال في المسالك : وما ادعاه من الظاهرية غير ظاهر .

الرابع : لا يخفى على من له أنس بالاخبار ومن جاس خلال تلك الديار أن الوقف في الصدر الاول أعني زمن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) وزمن الائمة عليهم السلام إنما يعبر عنه بالصدقة ، لكن هذا التعبير محفوف بقرائن عديدة ، وألفاظ كثيرة تدل على ارادة الوقف ، ومن ذلك الأخبار المتقدمة في صدر المقصد المعبّر في بعضها بصدقة جارية ، وفي آخر لا تورث ، والمراد بالجارية المستمرة بعده ، وهو كناية عن التأبيد .

ومن ذلك خبر صدقة علي عليه السلام (١) بداره التي في بني زريق ، قال : هذا ماتصدق به علي بن أبيطالب عليه السلام وهو حي سوي تصدق بداره التي في بني زريق صدقة لاتباع ولاتوهب حتى يرثها الله تعالى الذي يرث السموات والأرض ، وأسكن هذه الصدقة خالاته ماعشن وعاش عقبهن ، فان انقرضوا فهي لذوى الحاجة من المسلمين » .

وأخبار صدقة فاطمة عليها السلام (٢) وأنها جعلتها لبني هاشم ، وبني عبدالمطلب .

وصدقة أميرالمؤمنين (٣) عليه السلام لما جائته البشير بالعين التي خرجت في ينبع فقال : عليه السلام بشر ، الوارث هي صدقة بتة بتلاً في حجيج بيت الله وعابرى سبيل الله ، لاتباع ولاتوهب ، ولاتورث » وصدقة الكاظم عليه السلام (٤) بأرض له ، « وفيها تصدق موسى بن جعفر بصدقته هذه وهو صحيح صدقة حبساً بتلاً بتاً لامشوبة فيها ولارد أبداً ابتغاء وجه الله عزّوجلّ والدار الأخرة ، لايحل لمؤمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيعها أو شيئاً منها ، ولايهبها ولاينحلها » الحديث .

الى غير ذلك من الأخبار ، وبذلك علم اشتراك هذا اللفظ بين الوقف وبين الصدقة بالمعنى الآتى في المقصد الثاني .

وأما اللّفظان الآخران فالاشتراك فيهما من حيث مفهوم اللّفظ ، فانه أعم من الوقف وغيره ولم أقف في شيء من الأخبار لغير هذين اللفظين أعنى لفظي الوقف والصدقة على أثر ، فالأحوط أن يجعل العقد أحدهما خاصة ، وان صح بغيرهما من الكنايات المحفوفة بالقرائن بناء على المشهور ، الا أنه لا يبعد الانحصار في هذين اللّفظين وقوفاً على ماخالف الاصل على مورد النص بمعنى أن الأصل بقاء الملك لمالكه والذى ورد من الصيغة المخرجة منحصر في هذين اللفظين وليس

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٣١ ح ٧ ، الفقيه ج ٤ ص ١٨٣ ح ٢٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٤ ح ٤ .

(٢) و (٣) الكافي ج ٧ ص ٤٨ و ص ٥٤ ح ٤ و ٩ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٨ ح ٥٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٤ ح ٨ و ص ٣٠٣ ح ٢ .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٥٣ ح ٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٤ ح ٥ .

الحكم هنا كسائر العقود المبنية على مجرد الرضا ، فكل لفظ دل عليه كفى في المراد وحصل به النقل ، ولهذا ان روايات سائر العقود غاية ماتدل عليه ، هو الأنعقاد بمجرد الألفاظ الجارية في مقام المحاورة بين المتعاوضين دالّة على الرضا ، وفيما نحن فيه انما دلّت على هذين اللفظين خاصة ، إلا أنه ربما انقدح الاشكال هنا من وجه آخر ، وهو انهم قد صرحوا باستعمال لفظ الوقف في مجرد الحبس الذي هو معناه لغة ، ويرجع الى ما يأتي من السكنى والعمرى والرقبى ، وعليه دلّت الأخبار أيضا كما سيأتي انشاء الله ، وبه ينقدح الاشكال فيما ادعوه من أن لفظ الوقف صريح في هذا المعنى المدعى الذي هومشروط بالتأبيد ، وكيف يكون صريحاً فيه مع استعماله نصاً وفتوى فيما قلناه .

وكيف كان فالاحوط هوضم القرائن الدالة على الوقف المدعى ، سوآء وقع التعبير بلفظ الوقف أو الصدقة ، والاقتصار على هذين اللفظين من حيث ورود النصوص بهما والله العالم .

الموضع الثاني: اختلف الأصحاب (رضوان الله عليهم) في اشتراط القبول في الوقف بعدالاتفاق على الايجاب فظاهر الاكثر حيث ذكروا الايجاب ولم يتعرضوا لذكر القبول هو عدم اشتراطه مطلقا ، وهو أحد الأقوال في المسئلة ، وعلّل بأن الأصل عدم الاشتراط ، ويؤيده أنه ليس في النصوص مايدل عليه ، ولأن الوقف كالاباحة ، خصوصاً اذا قلنا أن الملك فيه ينتقل الى الله عزوجل ، ولأنه فك ملك فيكفى فيه الايجاب كالعتق ، واستحقاق الموقوف عليه النفقة كاستحقاق العتق منافع نفسه .

وقيل ، باعتباره مطلقا ، ونقل عن التذكرة ، لاطباقهم على أنه عقد ، فيعتبر فيه الايجاب والقبول كسائر العقود ، ولأن ادخاله في ملك الغير بغير رضاه بعيد ، ولأصالة بقاء الملك على مالكه بدونه .

وقيل : بالتفصيل وهواعتباره ان كان على جهة خاصة ، كشخص معين ،

أو جماعة معينين ، لما تقدم في سابق هذا القول ، ولامكان القبول ، وان كان على جهة عامة كالفقراء والمساجد ونحوهما لم يعتبر ، لأنه حينئذ فك ملك ، ولأن الملك فيه ينتقل إلى الله عز وجل ، بخلاف الاول ، فانه ينتقل فيه إلى الموقوف عليـه .

أقول : وإلى هذا القول ذهب الشهيد في الدروس ، ويظهر من المحقق في الشرايع والشارح في المسالك الميل إليه ، وأنت خبير بأن الذي يظهر لي من تتبع الأخبار هو القول الأول لخلوها من ذكر ذلك في الوقوف الخاصة والعامة .

وقد تقدم صورة وقف أمير المؤمنين عليه السلام داره التي في بني زريق على خالاته ، والخبر مروي في الفقيه في الصحيح عن ربعي(١) عن أبي عبدالله عليه السلام ، « قال : تصدق أمير المؤمنين عليه السلام بدار له في المدينة في بني زريق فكتب بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب عليه السلام الحديث » كما تقدم .

والتقريب فيه أنه لو كان القبول شرطاً لنقله عليه السلام في حكاية الصدقة المذكورة ، لأنه ليس الغرض من حكاية ذلك الابيان الأحكام في المقام ، وظاهره لزوم الوقف وصحته بهذا اللفظ الذي كتبه عليه السلام في ذلك ، واثبات شيء يزيد على ذلك يتوقف على الدليل ، وأصالة العدم أقوى مستمسك ، في المقام .

ونحو هذا الخبر ما رواه الشيخ في التهذيب عن عجلان أبي صالح (٢) « قال : أملى علي ابو عبدالله عليه السلام بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به فلان بن فلان وهو حي سوي بداره التي في بني فلان بحدودها صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث حتى يرثها وارث السموات والأرض وأنه قد أسكن صدقته هذه فلاناً وعقبه فإذا انقرضوا فهي على ذي الحاجه من المسلمين » .

ومن الظاهر أن ما ذكره عليه السلام إنما هو تعليم للناقل كيفية الوقف المترتبة

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٨٣ ح ٢٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٠٤ ح ٤ .
(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٣١ ح ٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٣ ح ٣ .

عليه أحكامه ، ولو كان القبول من شروط الصحة فيه كما ادعوه لذكره عليه السلام .

ومن ذلك أيضاً حديث صدقة الكاظم عليه السلام (١) بأرض له على أولاده المروي في الكافي ، وفيه هذا ما تصدق بـه موسى بن جعفر عليه السلام بأرض بمكان كذا و كذا وحد الأرض كذا و كذا كلها ونخلها وأرضها وبياضها ومائها وأرجائها وحقوقها وشربها من الماء إلى أن قال : تصدق بجميع حقه من ذلك على ولده من صلبه الرجال والنساء ، ثـم ذكر قسمة الغلّة بعد عمارة الأرض وما يحتاج اليه عليهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وذكر شروطاً في البنات إلى أن قال : صدقة حبساً بتلاً بتاً لامشوبة فيها ، ولارد أبداً ابتغاء وجه الله تعالى سبحانه والدار الآخرة ، لايحل لمؤمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيعها ولاشيئاً منها ، ولايهبها ولاينحلها ولايغير شيئاً منها مما وصفته حتى يرث الله الأرض ومن عليها » : ثم ذكر الناظر في الوقت من أولاده على ترتيب ذكره عليه السلام ولم يتعرض فيها لذكر القبول ، فلو أنه شرط في الصحة كما ادعوه لأخبر بأنهم قد قبلوا ذلك ، وهذا الكتـاب حجة على منكر الوقف من أولاده ، ولو كان القبول شرطاً في الوقف والحال أنه لم يذكره في الكتاب لكان للمنازع أن يبطل الوقف لهذه الدعوى فلايكون كتابه عليه السلام حجة في ذلك ، وهذا خلف ، وهذه جملة من أخبار الوقوف الخاصة .

ومن الأخبار في الوقوف العامة خبر وقف أمير المؤمنين عليه السلام العين التي في ينبع ، والخبر مروى في التهذيب عن أيوب بن عطية الحذاء (٢) « قال : سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول : قسم نبـي الله الفيء فأصاب علياً عليه السلام أرض فاحتفـر فيها عيناً فخرج ماء ينبع في السماء كهيئة عنق البعير فسماها ينبع فجآء البشير يبشره فقال : عليه السلام بشر الوارث هي صدقة » الحديث كما تقدم ومعلومية عدم الاشتراط فيه أظهر .

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٥٣ ح ٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٤ ح ٥ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٤٨ ح ٥٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٣ ح ٢ .

وبالجملة فانه لاأثر لهذا الشرط في الأخبار ، ولادليل بالكلية غير هذه الوجوه الاعتبارية ، وأصالة العدم أقوى دليل ، والله الهادي الى سواء السبيل ، قال في المسالك بعد الكلام في ذلك : وحيث يعتبر القبول مطلقا أوعلى بعض الوجوه يعتبر فيه مايعتبر في غيره من العقود اللازمة من اللفظ العربي المطابق للأيجاب المتعقب له بغير فصل يعتدبه ، الى غير ذلك من الشروط ، ويتولاه في المصالح العامة على القول باعتباره الناظر عليها كالحاكم ومنصوبه كما يتولى غيره من المصالح ، وعلى القولين لايعتبر قبول البطن الثاني ولارضاه ، لتمامية الوقف قبله فلاينقطع ، ولأن قبوله لايتصل بالايجاب ، فلوا عتبر لم يقع له كغيره من العقود اللازمة ، انتهى .

وأنت خبير بما في اكثر هذا الكلام ، وان جمد عليه جملة ممن تأخر عنه من الأعلام ، فانه نفخ في غير ضرام كما تقدمت الاشارة اليه في غير مقام ، مضافاً الى ما عرفت من أنه لادليل هنا على هذا القبول ، وما ذكره من الاشتراطات المذكورة في العقود اللازمة كله محض دعاو لادليل عليها إلامجرد أموراعتبارية علّلوها بها ، مع ردها بالأخبار الظاهرة في خلافها .

ثم ان قوله وعلى القولين لايعتبرقبول البطن الثاني ولارضاه لتمامية الوقف قبله لايخلو من المناقشة ، فان هذا انما يتم لوقام الدليل على اشتراط الرضا في البطن الأول ، فيقال ، حينئذ ان شرط صحة الوقف قدحصل ، وانعقد الوقف ، والحكم ببطلانه بعد ذلك يحتاج الى دليل ، ولم يثبت ان عدم رضا البطن الثاني موجب للبطلان . أما على ما قلناه من أنه لادليل على القبول ، ولاعلى اعتبار الرضا في البطن الأول بل ظاهر الادلة انما هوالاعم كما سمعت من أوقاف الأئمة عليهم السلام فانه ليس فيها اشارة ، فضلا عن صريح الدلالة باعتبار رضا الموقوف عليه ولا قبوله ، فانه يكون ذلك في البطن الثاني بطريق أولى ، واللازم لهم باعتبار اشتراطهم ذلك في البطن الأول بهذه التعليلات الاعتبارية ، هو كونه

كذلك في البطن الثاني ، اذ العلّة مشتركة ، والتعليل بتمامية الوقف قبله معلوم فانه يمكن أن يقال : ان تمامية الوقف مراعاة برضا البطن الثاني والثالث وهكذا فان حصل استمر الوقف ، والابطل ، والتعليل بأن قبوله لايتصل بالايجاب أظهر بطلانا ، فانه انما يتم لو قام دليل على مايدعونه من هذا الشرط ، وقد عرفت أنه لادليل عليه إن لم تكن الأدلة واضحة في خلافه ، بل هي كذلك كما لايخفى على من راجع أخبار العقود والله العالم .

المطلب الثاني في شرائط الوقف :

قالوا : وهي أربعة : الدوام والتنجيز والاقباض واخراجه عن نفسه ، فهنا مسائل : **الاولى** : الظاهر من كلام الأكثر هو اشتراط الدوام في الوقف ، وقد تقدم في أخبار وقوف الأئمه عليهم السلام ما يدل عليه ، وظاهره في المسالك المناقشة في ذلك حيث ذكر أنه متنازع مشكوك فيه ، واقتفاه صاحب المفاتيح في ذلك فقال : ان اشتراط التأبيد لادليل عليه ، بل الأصل والعمومات تنفيه .

أقول : لايخفى ان العقود الشرعية الموجبة لنقل الأملاك يجب الوقوف فيها على مارسمه صاحب الشريعة من الكيفية والشروط فعلاً او أمراً بذلك ، والأوقاف التي صدرت منهم عليهم السلام كما قدمنا لك جملة منها ، قد اشتملت على التأبيد ، لقولهم حتى يرثها الله الذي يرث السموات والارض ، وهو كناية عن دوامها الى يوم القيامة ، والخروج عنها بغير معارض سفسطة ، وبه يظهرما في تمسكه بالأصل والعموم ، فانه ناش عن الغفلة عن ملاحظة الأخبار المذكورة كما لايخفى ، وحينئذ فلو قرنه بمدة معينة كسنة مثلا أووقف على من ينقرض غالباً فانه يبطل الوقف بغير خلاف .

وانما الخلاف هنا في مواضع ثلاثة : الاول ـ فيما لوقرنه بمدة معينة ، فانه هل يصح أن يكون حبساً فلايبطل بالكلية أم لا ؟ قولان : وبالثاني منهما صرح المحقق في الشرايع ، لأن شرط الوقف الدوام ، فيبطل ، لعدم حصول الشرط ،

وبالاول صرح الشهيد في الدروس، واختاره في المسالك، قال : لوجود المقتضي وهو الصيغة الصالحة للحبس، لاشتراك الوقف والحبس في المعني، فيمكن اقامة كل منهما مقام الآخر، فاذا قرن الوقف بعدم التأبيد كان قرينة لارادة الحبس، كما لو قرن الحبس بالتأبيد فانه يكون وقفاً كما مر، وهذا هو الاقوى، لكن انما يتم مع قصد الحبس، فلو قصد الوقف الحقيقي وجب القطع بالبطلان لفقد الشرط، انتهى.

أقول : من الظاهر أنه يمكن ارجاع القول الاول الى ما ذكره من هذا التفصيل، فان تعليل القول المذكور بما تقدم من قوله ان الدوام شرط فيبطل الوقف بعدم الشرط، يشير الى ذلك، حيث أن غاية ما يعطيه هو بطلان الوقف لا بطلان الحبس، والا لاحتاج في بطلان الحبس الى أمر زائد على ما ذكر مع أنه غير مذكور في كلامه القول بالصحة، وكونه حبساً صرح ابن ادريس أيضاً فقال والوقف لا يصح إلا أن يكون مؤبداً على ماقدمناه، فلا يصح أن يكون موقتاً، فان جعله كذلك لم يصح الا أن يجعله سكنى أو عمرى أو رقبى على ما سنبينه عند المصير اليه.

والأظهر في الاستدلال على الصحة في الصورة هو ما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) في الصحيح عن علي بن مهزيار (١) « قال : قلت : روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السلام أن كل وقف الى وقت معلوم فهو واجب على الورثة وكل وقف الى غير وقت معلوم جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثة، وأنت أعلم بقول آبائك عليهم السلام فكتب عليه السلام : هو عندي كذا ».

والظاهر أن معنى الخبر المذكور هو أن الوقف اذا كان مقيداً بوقت معلوم كما هو محل البحث فهو صحيح واجب على الورثة انفاذه في تلك المدة، ويكون حبساً، وان لم يذكر له وقت، أو كان وقتاً مجهولا كأن يقول : الى وقت ما، فانه يكون باطلا.

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٣٢ ح ٨، الفقيه ج ٤ ص ١٧٦ ح ٣، الكافي ج ٧ ص ٣٦ ح ٣١، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٧ ح ١.

والشيخ (رحمة الله عليه) في الكتابين حمل الوقت هنا على الموقوف عليه دون المـدة .

استناداً الى صحيحة الصفار (١) قال : كتبت الى أبي محمد عليه‌السلام أسأله عن الوقف الذي يصح كيف هو ؟ فقد روى أن الوقف اذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة ، واذا كان موقتاً فهو صحيح ممضى ، قال قوم : ان الموقت هو الذي يذكر فيه أنه وقف على فلان وعقبه ، فاذا انقرضوا فهو للفقراء والمساكين الى أن يرث الله الأرض ومن عليها : وقال آخرون : هذا موقت اذا ذكر أنه لفلان وعقبه مابقوا ، ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين الى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، والذي هو غير موقت أن يقول : هذا وقف ، ولم يذكر أحداً فما الذي يصح من ذلك ، وما الذي يبطل ؟ فوقع عليه‌السلام الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها .

أقول : لايخفى أن المتبادر من لفظ الوقت انما هو الزمان ومجرد تفسير هؤلاء المذكورين بالموقوف عليه مجازاً لا يقتضي تقييد ذلك الخبر بذلك ، بل يحمل كل منهما على مادل عليه كما هو المقرر في كلام الأصحاب ومع تسليم التقييد ، فانه يكفي في الاستدلال على مانحن فيه بهذا الخبر اطلاق قوله عليه‌السلام « الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها » ويدل على أنه اذا وقفه مقيداً بمدة معينة كان صحيحاً في تلك المدة ، ويخرج من هذا الاطلاق ماقام الدليل على بطلانه كما لو وقف بغير مدة ، ولا ذكر الموقوف عليه ، ونحوه من الوقوف التي قام الدليل على بطلانها ، وفي هذين الخبرين دلالة على ماقدمنا ذكره من صحة اطلاق الوقف على التحبيس وبه يظهر أن ما قدمنا نقله عنهم من أن لفظ وقف صريح في الوقف المؤبد ليس في محلّه .

الثاني : لو وقف على من ينقرض غالباً ولم يذكر المصرف بعده ، كأن وقف على أولاده واقتصر على بطن أو بطون ، فهل يصح وقفاً أو حبساً أو يبطل ؟ أقوال

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٣٢ ح ٩ ، الفقيه ج ٤ ص ١٧٦ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٧ ح ٢ .

ثلاثة : وبالأول قال الشيخان ، وابن الجنيد ، وسلار ، وابن البراج ، وابن ادريس على ما نقله في المختلف ، والظاهر أنه المشهور .

وبالثاني قال العلامة في القواعد والارشاد ، وبه قال ابن حمزة ، فانه قال على ما نقله في المختلف : فان علّق على وجه يصح انقراضه كان عمرى ، أو رقبى أو سكنى أو حبساً بلفظ الوقف .

والثالث غير معلوم قائله ، وقال الشيخ في المبسوط والخلاف : اذا وقف على على من يصح انقراضه في العادة مثل أن يقف على ولده وولد ولده وسكت ، فمن أصحابنا من قال : لايصح الوقف ، ومنهم من قال يصح .

أقول : والى القول بالصحة قال العلامة في المختلف ، واحتج عليه قال : لنا أنه نوع تمليك وصدقة ، فيتبع اختيار المالك في التخصيص وغيره ، كغير صورة النزاع ، وللأصل ، ولأن تمليك الأخير ليس شرطاً في تمليك الاول ، والالزم تقدم المعلول على العلّة .

ومارواه أبوبصير (١) « قال : قال أبوجعفر عليه السلام : ألا أحدثك بوصية فاطمة عليها السلام ؟ قلت : بلى فأخرج حقاً أو سفطاً فأخرج منه كتاباً فقرأه « بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصت به فاطمة بنت محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) أوصت بحوائطها السبعة العواف والدلال والبرقة والميثب والحسنى والصافية وما لأم ابراهيم الى علي بن أبيطالب عليه السلام فان قضى علي فإلى الحسن فان مضى فإلى الحسين فان مضى الحسين فإلى الأكبر من ولدي شهد الله على ذلك ، والمقداد بن الأسود والزبير بن العوام ، وكتب علي بن أبيطالب عليه السلام .

ثم قال (قدس سره) : ويمكن أن يعترض على الحديث بأنها عليها السلام علمت عدم انقراض أولادها من النص على الأئمة عليهم السلام وأن الدنيا تقبض مع انقراضهم ، ومن

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٤٤ ح ٥٠ ، الفقيه ج ٤ ص ١٨٠ ح ١٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣١١ ح ١ .

قوله (١) (صلى الله عليه وآله) حبلان متصلان لن يفترقا حتى يردا علي الحوض كتاب الله وعترتي أهل بيتي ، » قال (قدس سره) : احتج المانعون بأن الوقف مقتضاه التأبيد ، فاذا كان منقطعاً صار وقفاً على مجهول ، فلم يصح كما لو وقف علي مجهول في الابتداء .

والجواب المنع من الصغرى ، والفرق بينه وبين مجهول الابتداء ظاهر ، فان المصرف غير معلوم هناك ، وأما هنا فالمصرف معلوم ، انتهى .

وأنت خبير بما فيه مما يكشف عن ضعف باطنه وخافيه فان لقائل أن يقول ان ما ذكره من انه نوع تمليك مردود بأنه لم يعقل في التمليك كونه موقتاً بمدة وكذا الصدقة وماذكره من الأصل بمعنى أصالة الصحة متوقف على اجتماع شرائط الصحة ، وهو عين المتنازع ، لان الخصم يجعل من تلك الشرائط التأبيد ، فالاستدلال بذلك لا يخرج عن المصادرة ، وهكذا ماذكره غيره من الاستناد الى الأمر بالوفاء بالعقود ، فانه موقوف على تحقق العقد ، ومع عدم جمعه الشرائط لايصير عقداً يمكن الاستدلال به ، فهو لا يخرج عن محل النزاع .

وأما قوله ولأن تملك الأخير ليس شرطاً ففيه أنّا لا ندعي كونه شرطاً وانما الشرط بيان المصرف الأخير ليتحقق معنى الوقف ، وهو هنا غير حاصل ، فلا يتم صحة الوقف .

وأما الخبر الذي أورده ففيه أولاً أنه لم يصرح فيه بالوقف ، وانما هو وصيته والظاهر أن المراد انما هو الوصية بالولاية على الوقف ، لما دل عليه غيره من أن صدقتها كانت لبنى هاشم ، وبنى المطلب ، وسيأتى الخبر المذكور انشاءالله تعالى ، فهو خارج عن محل البحث .

وثانياً أنه مع تسليم ارادة الوقف من هذا اللفظ فالجواب عنه ما ذكره من علمها (عليها السلام) ببقاء الموقوف عليه الى تمام الدنيا ، فلايكون أيضاً من محل البحث .

(١) الوسائل ج ١٨ ص ١٩ ح ٩ الباب ٥ من ابواب صفات القاضي .

وبالجملة فان القول بكونه وقفاً والحال هذه انما يتم بمنع اشتراط التأبيد في الوقف ، وهم لايقولون به ، فان جملة من نقلنا خلافه في هذه المسئلة وقوله بكونه وقفاً قدصرح باشتراط الدوام في الوقف ، وهومناقضة ظاهرة ، وممن صرح بذلك ابن ادريس في سرائره ، والشيخ في النهاية والمبسوط ، والعلامة في القواعد والارشاد ، والمحقق وغيرهم .

نعم ظاهر المفيد في المقنعة حيث لـم يصرح بهذا الشرط هوعدم شرطيته وحينئذ فالمناقضة غيرلازمة له ، وأما غيره فالأمر فيه كما ترى .

وبالجملة فان مقتضى القـول بشرطيته هو ما قلناه من عدم القـول بصحته وقفاً هنا ، سيمّا مع دلالـة ظاهر النصوص على شرطيته كما عرفت ، وحينئـذ فيجب انتفاء القول بالوقف ، والظاهر حينئذ من القولين الباقيين هوالقول بالتحبيس وعلى تقـدير النزاع في شرطية التـأبيد كما يظهـر من المسالك ، أنه لايظهر الفرق هنا بين كونه وقفاً وحبساً الا بالقصد ، والواجب هوالرجوع في ذلك اليه ، إلا أن فائدة الفرق بين الأمرين على هذا الوجه نادرة ، والأقرب عندي هو القول بالتحبيس لما عرفت من ثبوت شرطية الدوام في الوقف ، فلايمـكن الحكم بـكونه وقفاً ، وليس القول بالتحبيس إلا لزوم استعمال لفظ الوقف في الحبس مجازاً ، وقد عرفت أنه شايع في الأخبار .

وتدل على الصحة وكونه حبسـاً هنا صحيحة الصفار المتقدمة ، والتقريـب فيها أن السائل سأله أنه قد روى أنه ان كان موقتاً فهو صحيح ممضى ، ولكن اختلف الأصحاب في هذا الفرد الصحيح هل هوالمؤبد أومنقطع الاخر ؟ فأجاب عليه السلام بأن الوقف على حسب مايذكره الواقف ، بمعنى أنه ان ذكره الوقف مؤبداً فهو وقف مؤبد ، وان ذكره منقطع الآخر فهو وقف مادام الموقوف عليه موجوداً .

الثالث : قد عرفت الخلاف في الوقف المنقطع الآخر وأن الاشهر هوالصحة ، اما وقفاً كما هوأحد الأقوال ، أوحبساً ، ثـم إنه لولم ينقرض الموقوف عليه بل

استمر كما لو وقف على أولاده ، ثم أولاد أولاده ، وهكذا واستمر الانتساب ، فالظاهر أنه لاخلاف في صحة الوقف

أما لو انقرضوا فقد اختلف الأصحاب فيمن يرجع اليه ، فقيل : برجوعه الى ورثة الواقف ، وقيل : ورثة الموقوف عليهم ، وقيل : أنه يصرف في وجوه البر ، وبالأول قال الشيخ وسلار وابن البراج ، واختاره العلامة في المختلف بل في أكثر كتبه ، والمحقق في الشرايع ، وأسنده في المسالك الى الأكثر ورجحه .

وبالثاني قال الشيخ المفيد وابن ادريس وقواه العلامة في التحرير .

وبالثالث قال ابن زهرة ، قال : وقد روي أنه يرجع الى ورثة الواقف ، والأول أحوط ، ونفى عنه البأس العلامة في المختلف ، وظاهر الشهيد في الدروس التوقف في الحكم المذكور ، حيث اقتصر على نقل الأقوال في المسئلة ، ولم يرجح منها شيئاً ، وهذا الخلاف هنا متفرع على القول بكونه وقفاً كما هو المشهور بينهم ، وإلا فانه على تقدير كونه حبساً لا اشكال في أنه انما يرجع الى الواقف أو ورثته ، كما هو قضية التحبيس المختص بمن حبس عليه ، وأظهر منه في ذلك القول بالبطلان ، واستدل للقول الأول بأنه بالوقف لم يخرج عن ملك المالك بالكلية ، وانما تناول أشخاصاً فلا يتعدى الى غيرهم ، ولظاهر قول العسكري عليه السلام (١) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها انشاء الله تعالى والواقف إنما وقفه هنا على من ذكره ، فلايتعدى الى غيرهم ، ويبقى أصل الملك لمالكه .

واستدل للقول الثاني بانتقال الملك الى الموقوف عليه قبل الانقراض ، فيستصحب ، ولأن عوده الى الواقف بعد خروجه يفتقر الى سبب ولم يوجد ، ولأنه نوع صدقة ، فلا يرجع اليه .

---

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٢٩ ح ٢ ، الفقيه ج ٤ ص ١٧٦ ح ١ ، الكافي ج ٧ ص ٣٧ ح ٣٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٧ ح ٢ .

وللثالث بما ذكره العلامة في المختلف، ونفى عنه البأس حيث قال: ولا بأس بقول ابن زهرة، لانتقال الوقف من الواقف، وزوال ملكه عنه، والعجب ان هذه الحجة التى احتج بها لابن زهرة ترجع الى ما استدل به على القول الثانى، وهو في المختلف قد أجاب عن ذلك بالمنع من كون الوقف مطلقاً ناقلاً بل المؤبد، قال: ونمنع من كون الموقوف عليه مالكا إلا مع التأبيد، وما أجاب به عن ذلك الدليل لازم له في رد دليله المذكور.

وبذلك يظهر لك ما في القولين الآخرين من القصور، وأن الظاهر هو القول المشهور، إلا أن كلامهم هنا غير خال من الاجمال، بل تطرق الاشكال، لما عرفت من أن هذا الخلاف متفرع على القول بصحة الوقف كما هو المشهور والذى هو أحد الأقوال الثلاثة في المسئلة المتقدمة في الموضع الثانى، وإلا فعلى القول بكونه حبساً فانه يرجع الىالواقف أو ورثته بغير خلاف ولا اشكال، وعلى القول بالبطلان فالأمر أظهر مع أنك قد عرفت فيما تقدم أن هذا القول وانكان هو المشهور إلا أن ذكرهم التأبيد في شروط الوقف ـ كما صرح به من وقفت على كلامه منهم عدا المفيد في المقنعة ـ لايجامع القول بصحة الوقف في الصورة المذكورة، لأن الوقف هنا منقطع غير مؤبد والوقف الصحيح إنما هو المؤبد.

نعم بناءً على ما اخترناه في المسئلة الأولى من كونه حبساً يتجه القول برجوع ذلك الى ورثة الواقف، ويصير الخلاف في هذه المسئلة ساقطاً لامعنى له، وهذا غاية ما تدل عليه الصحيحة المنقولة عن العسكرى عليه السلام (١) من «أن الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» والمراد فيها بالوقف ما هو أعم من الوقف المبحوث عنه والتحبيس، فهوان كان مؤبداً وقف، وانكان مقطعاً تحبيس، وأما قول ابن زهرة وقدروى أنه يرجع الىورثة الواقف، وكذا قول الشيخ فيالمبسوط في هذه المسئلة، وقال قوم: يرجع اليه ان كان حياً والى ورثته انكان ميتاً

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٢٩ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٧ ح ٢.

وبه تشهد روايات أصحابنا ، فان أريد به كما هو ظاهر كلامه أن هنا أخباراً دالة على موضع البحث ، وأنه مع كون الوقف منقطعاً قد صرحت الأخبار بالرجوع الى الواقف أو ورثته بعد انقراض الموقوف عليه فانه لم يصل الينا في الأخبار ما يدل على ذلك ، وإلا لزال اشكال في هذا المجال ، وان أريد هذه الصحيحة المذكورة وقريب منها الصحيحة الأخرى المتقدمة معها ، فان غاية ما تدلان هو أن الوقف يتبع فيه ما رسمه الواقف ، والوقف فيهما أعم من التحبيس والوقف بالمعنى المبحوث عنه وغاية ما تدلان عليه الاقتصار في الوقف على الجماعة الموقوف عليهم ، واللازم من ذلك هو الرجوع بعد انقراض الموقوف عليه الى الواقف أو ورثته ، وهذا هو معنى التحبيس وان سمي وقفاً ، هذا ما أدى اليه الفكر الكليل والذهن العليل من الكلام في المقام ، حسب ما رزق الله تعالى فهمه من أخبارهم عليهم السلام .

ثم انه بناء على القول المشهور من الرجوع الى ورثة الواقف بعد انقراض الموقوف عليه ، فهل المراد وارثه حين الانقراض ، أو وارثه بعد موته مسترسلا الى أن يصادف الانقراض ؟ وجهان ، قالوا : وتظهر الفائدة فيما لو مات الواقف عن ولدين ، ثم مات أحدهما عن ولد قبل الانقراض : فعلى الاول يرجع الى الولد الباقي خاصة ، وعلى الثاني يشترك هو وابن أخيه لتلقيه من أبيه ، كما لو كان معيناً .

المسألة الثانية: المشهور في كلام المتأخرين أن من جملة شروط الوقف التنجيز وهذا الشرط لم أقف عليه في جملة من كتب المتقدمين ، منها كتاب النهاية للشيخ والمبسوط ، وكتاب السرائر لابن ادريس ، وكذا المقنعة للشيخ المفيد ، فإنه لم يتعرض أحد منهم لذكره في الكتب المذكورة ، مع أنه لا نص عليه فيما أعلم .

وبذلك اعترف في المسالك أيضاً فقال ، وليس عليه دليل بخصوصه وأرادوا بالتنجيز ما تقدم في كتاب الوكالة ، من أن لا يكون معلقاً بوصف لابد من وقوعه كطلوع الشمس ، ومجيىء رأس الشهر ، وهو باصطلاحهم تعليق على الصفة ، وأن لا يكون معلقاً على ما يحتمل الوقوع وعدمه ، كمجيىء زيد مثلاً ، ويسمى

بالمعلق على شرط ، أما لوكان الشرط واقعاً والواقف عالم به كقوله وقفت ان كان اليوم الجمعة مع علمه بذلك ، فانه يصح عندهم ، وقد تقدم البحث معهم في ذلك في الكتاب المشار اليه ، وحيث قد عرفت ان الحكم المذكور غير منصوص نفياً ولا اثباتاً .

فلو وقع الوقف على هذه الكيفية ، فيمكن القول بعدم الصحة استناداً الى أن العقود الناقلة متلقاة من الشارع ، ولم يثبت كون هذا منها ، والأصل بقاء الملك لمالكه ، ولايقال : انه يمكن القول بالصحة نظرا الى قوله عليه السلام « الوقوف على حسب مايوقفها اهلها » لأنا نقول : المتبادر من الخبر المذكور انما هو باعتبار العموم والخصوص ، والتشريك والانفراد ، والتساوى والتفضيل في الموقوف عليه والتأبيد والتحبيس ونحو ذلك لاباعتبار ماذكرهنا .

المسئلة الثالثة : لاخلاف في اشتراط القبض في صحة الوقف وتمامه بحيث أنه بعده لارجوع في الوقف ، وأما قبله فله الرجوع ولومات قبله رجع ميراثاً ، بمعنى أن الأنتقال عن المالك مشروط بالعقد والقبض فيكون العقد جزء السبب الناقل ، وتمامه القبض ، وعلى هذا فالعقد في نفسه صحيح ، الا أنه غير ناقل إلا بالقبض ، ولهذا جاز فسخه قبل القبض ، وبطل بالموت قبله .

ومن ذلك يعلم أن النماء المتخلل بين العقد والقبض للواقف ، وربماعبر بعضهم بأنه شرط في اللزوم ، والظاهر أن مراده ما ذكر لا مايتبادر من ظاهر هذه العبارة ، وقد صرح في المسالك بذلك .

وبالجملة فالظاهر أن أصل الحكم لااشكال فيه ولاخلاف نصاً وفتوى ، والذي وقفت عليه من النصوص المتعلقة بهذا الحكم مارواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن صفوان بن يحيى (١) « عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألته عن الرجل

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٧ ح ٣٦ ، التهذيب ج ٩ ص ١٣٤ ح ١٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٨ ح ٤ .

يوقف الضيعة ثم يبدو له أن يحدث في ذلك شيئا ، فقال : ان كان أو قفها لولده ولغيرهم ، ثم جعل لها قيّماً لم يكن له أن يرجع وان كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها ، وان كانوا كباراً لم يسلمها اليهم و لم يخاصموا حتى يحوزوها عنه فله أن يرجع فيها ، لأنهم لا يحوزونها وقد بلغوا » .

ومارواه الصدوق في كتاب كمال الدين و تمام النعمة بسنده إلى محمد بن جعفر الاسدى فيما ورد عليه من جواب مسائله من محمد بن عثمان (١) العمرى (رضى الله عنه) عن صاحب الزمان (صلوات الله عليه) ، ورواه الطبرسى في الاحتجاج (٢) عن أبي الحسين محمد بن جعفر الاسدي عن محمد بن عثمان عن صاحب الزمان عليه السلام قال : وأما ماسألت عنه من الوقف على ناحيتنا وما يحل لنا ثم يحتاج اليه صاحبه فكل مالم يسلم فصاحبه فيه بالخيار ، وكل ما سلّم فلاخيار فيه لصاحبه احتاج أولم يحتج افتقر اليه أواستغنى عنه ، الى أن قال : وأما ماسألت من أمر الرجل الذي يجعل لناحيتنا ضيعة يسلمها لمن يقوم فيها ويعمرها ، ويؤدي من دخلها خراجها ومؤنتها ، ويجعل ما بقي من الدخل لناحيتنا فان ذلك جائز لمن جعله صاحب الضيعة قيّماً عليها ، انما لايجوز ذلك لغيره » .

واستدل الاصحاب (رضوان الله عليهم) هنا بجملة من الأخبار التي بلفظ الصدقة بناءً على ما فهموه منها من حمل الصدقة فيها على الوقف ، وسيأتي نقلها انشاء الله تعالى في محلها .

ومنها ما رواه الشيخ عن عبيد بن زرارة (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا : قال : اذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث

(١) الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٠ ح ٨ الباب ٤ من أبواب أحكام الوقوف ، كمال الدين ص ٥٢٠ ح ٤٩ .
(٢) الاحتجاج ج ٢ ص ٢٩٨ ط النجف .
(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٣٧ ح ٢٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٩ ح ٥ .

فان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز ، لان الوالد هو الذي يلي أمره وقال : لايرجع في الصدقة اذاتصدق بها ابتغاء وجه الله .

وبهذه الرواية استدل الأصحاب (رضوان الله عليهم) على أن موت الواقف قبل الاقباض مبطل للوقف ، وموجب لرجوعه ميراثاً حيث أنهم فهموا من الصدقة هنا الوقف .

واعترضهم في المسالك فقال : وقد فهم الأصحاب من الحديث أن المراد بالصدقة الوقف ، واستدلوا به على ما ذكرناه ، مع احتمال أن يريد بالصدقة معناه الخاص ، فلايكون دليلاً ، ويؤيده قوله في آخرالحديث ، « وقال : لايرجع في الصدقة اذا تصدق بها ابتغاء وجه الله تعالى » فان الحكم من خواص الصدقة الخاصة ، لاالوقف .

أقول : قوله فان الحكم من خواص الصدقة الى آخره محل بحث سيأتي ذكره انشاءالله تعالى ، وقال في المسالك : والظاهرأن موت الموقوف عليه قبل القبض كموت الواقف ، لأن ذلك هو شأن العقد الجائز فضلاً عن الذي لم يتم ملكه ولكنهم اقتصروا على المروي ، ويحتمل هنا قيام البطن الثاني مقامه في القبض ويفرق بينهما بأن يموت الواقف ينتقل ماله الى وارثه وذلك يقتضي البطلان كما لو نقله في حياته ، بخلاف موت الموقوف عليه ، فان المال بحاله ولم ينتقل الى غيره ، لعدم تمامية الملك ، وفي التحرير توقف في صحته أذا قبض البطن الثاني ولم يذكره في غيره ولا غيره ، انتهى .

وفيه أن المفهوم من الأخبار المتقدمة والمتبادد من اطلاق القبض انماهو بالنسبة الى البطن الأول ، وهو الموقوف عليه أولاً ، فان قوله في صحيحة صفوان المذكورة « وان كان لم يسلمها اليهم فله أن يرجع » وقوله في الرواية الثانية « وكلما لم يسلم فصاحبه بالخيار » ظاهر في أن القبض الموجب للزوم إنما هو بالنسبة إلى الموقوف عليه أولاً ، وإلا فأنه متى لم يقبض فالواقف بالخيار ، ان شاء

سلمه ولزم الوقف ، وان شاء لم يسلمه فيبطل الوقف ، على أنه لو صح ما احتمله بالنسبة إلى البطن الثاني لجرى أيضاً فيما بعده .

وبالجملة فان الانتقال إلى البطن الثاني فرع صحة الوقف ولزومه بالنسبة إلى البطن الاول ، وإلا لصح الوقف لو وقف أولاً على من لا يصح الوقف عليه ثم على غيره ممن يصح ، وهم لا يقولون به ، ثم انه يجب أن يعلم أن القبض المعتبر هنا هو القبض المتقدم تحقيقه في كتاب البيع .

وتمام تحقيق الكلام في المقام يتوقف على بيان أمور : الأول : الظاهر أنه لاخلاف ولااشكال في أن قبض الولي لمن هو ولي عليه كقبضه وان كان الواقف الولي ، كما لو وقف على أولاده الأصاغر ، فان قبضه قبل الوقف كاف في قبضه لهم بعده ، وعليه تدل صحيحة صفوان المتقدمة ، وكذا رواية عبيد بن زرارة ، ومثلهما روايات اخر أيضاً ، ولا يجب تجديد النية والقصد في كونه قبضاً عن المولى عليه ، لعدم الدليل عليه ، واطلاق النصوص يقتضي العدم ، واحتمل بعضهم اعتبار قصده قبضاً عن المولى عليه بعد العقد ، لأن القصد هو الفارق بين القبض السابق الذي كان على جهة الملك ، واللاحق الذي للموقوف عليه .

واطلاق النصوص المذكورة يرده ، إلا أن ظاهر صحيحة صفوان ربما أشعر به ، لقوله « وان كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم » فان الظاهر أن المراد قصد ولايتها لهم ، إلى أن يبلغوا ، فلابد حينئذ من تجديد النية ، على أن التحقيق أن التجديد أمر لابدي لا ينفك عنه الواقف كذلك بحسب الطبيعة والجبلة ، لأن من كان له ملك و ازال ذلك الملك عن نفسه بنقله الى غيره ممن له الولاية عليه ، فانه لابد من تغير قصده ، ونيته في وضع اليد عليه من أنه بالملك في الأول ، وبالولاية في الثاني ، فاختلاف القصد بين الحال الأولى والثانية أمر جبلي طبيعي كما لا يخفى ، والظاهر كما استظهره جملة من الأصحاب انما كان في يد الولي بطريق الوديعة أو العارية ، ووقفه صاحبه على المولى عليه

فان قبضه باحدى الطريقتين المذكورتين كاف، كما لو كان هو الواقف .

الثاني: الظاهر أنه لافرق في الاكتفاء بقبض الولي بين كون الولي أباً أوجداً أو وصيهما أوحاكماً شرعياً ، وان كان مورد الأخبار المتقدمة الأب ، فانها إنما خرجت مخرج التمثيل ، لاالأختصاص ، إذا العلّة مشتركة بين الجميع ، وتردد بعض الاصحاب في الحاق الوصي بالمذكورين ، نظراً إلى ضعف يده وولايته بالنسبة إلى غيره .

قال في المسالك ونعم ما قال في رد هذا المقال : ولاوجه للتردد ، فان أصل الولاية كاف في ذلك ، والمعتبر هو تحقق كونه تحت يدى الواقف ، مضافاً إلى ولايته على الموقوف عليه ، فتكون يده كيده ، ولايظهر لضعف اليد وقوتها أثر في ذلك ، انتهى وهو جيد .

الثالث : الظاهر أن المشهور هو كون القبض باذن الواقف ، فلو وقع بدونه لغى وتوقف فيه صاحب الكفاية ، قال : وحجته غير واضحة ، وعلّله في الروضة بامتناع التصرف في ملك الغير بغير إذنه ، والحال أنه لم ينتقل إلى الموقوف عليه بدونه .

وفيه أنه وان لم ينتقل إليه قبل القبض الا أنه ينتقل إليه بالقبض بلاخلاف ولا اشكال فلوقبضه الموقوف عليه وان لم يكن باذن الواقف صدق حصول القبض الذي هو الناقل ، واشتراط الأذن يحتاج إلى دليل .

ويمكن الاستدلال على ما ذكروه بقوله عليه السلام في صحيحة صفوان « وان كانوا كباراً لم يسلمها اليهم فله أن يرجع » وكذا قوله عليه السلام في التوقيع « فكل ما لم يسلم فصاحبه بالخيار وكلما سلم فلاخيار فيه » ، فان ظاهره أن القبض إنما يتحقق بتسليم الواقف ، ودفعه بالفعل أو الأذن ، الا أن رواية عبيد بن زرارة قد وقع التعبير فيها هنا بلفظ القبض المنسوب إلى الموقوف عليه ، فقال : إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث ، ومفهومه أنه لوقبضوا أعم من أن يكون باذن أو غيره

كان صحيحاً لازماً ، ومثلها في هذه العبارة قوله عليه السلام في صحيحة محمدبن مسلم إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث ونحوها ، روايات آخر الا أنها وردت بلفظ الصدقة ، لكن الأصحاب استدلوا بها على أحكام الوقف ، بناءً على فهمهم منها أن المراد بالصدقة منها الوقف كما تقدمت الاشارة إليه .

ويمكن تقييد اطلاق هذه الروايات بالخبرين الأولين بمعنى تخصيص القبض المذكور فيها بما إذا اقترن بالاقباض من الواقف ، فلابد من تسليم الواقف ، و دفعه ليحصل القبض المعتبر شرعاً ، و كيف كان فالاحتياط يقتضي الوقوف على القول المشهور .

الرابع : هل يكتفي بالقبض السابق وان كان على غير وجه شرعي كالمقبوض بالغصب ، والشراء الفاسد اشكال ، ينشأ من أن المتبادر من القبض في أخبار المسئلة هوالقبض الشرعي ، وهذا القبض منهي عنه ، فلايؤثر في الصحة ، ولهذا لوقبضه الموقوف عليه بغير إذن بطل كما تقدم ، ومن حصول القبض في الجملة ، وأن النهي عنه غيرموجب للبطلان ، لأن ذلك في العبادات ، وإنما غايته الأثم مع أنه لقائل أن يقول : إن النهي عن هذا القبض وان وقع باعتبار أول الأمر من حيث الغصب ونحوه ، الا أنه بعد وقف الواقف ذلك المغصوب على من هو في يده وارادة تمليكه اياه ، يعلم اختلاف الحالين ، فانه قرينة ظاهرة في الرضا بقبضه ويصير اختلاف حالي القبض هنا كما في صورة قبض الولي لاولاده الصغار ماوقفه عليهم ، فان القبض أمر واحد مستصحب في كلتي المسئلتين وان كان في الاول ملكاً للواقف ، وبعدالوقف يصيرملكاً للموقوف عليهم بالنسبة إلى تلك المسئلة ، وغصباً منهياً عنه قبل الوقف ، وشرعيا بعد الوقف ، لافادته الرضا به بالنسبة إلى هذه المسئلة ، وقد تقدم نظير ذلك في الرهن .

واضطرب كلام العلامة (رحمة الله عليه) في التذكرة في هذه المسئلة ، ففي كتاب الرهن كما قدمنا نقله عنه ثمة قطع باشتراط الأذن ، ومضي زمان يمكن

تجدد القبض فيه ، ولـم يكتف بقبض الغاصب ونحوه ، وفي هـذا الكتاب قطـع بالاكتفاء بقبض الغاصب كما اخترناه ، وظاهر كلام المحقق في الشرايع يؤذن بالاكتفاء بقبض الغاصب ، قال في المسالك : ولعلّه أجود .

أقول : وجه قوتـه يعلم مما ذكرناه وان لم يتنبه له أحد مـن اصحابنا ، (رضوان‌الله عليهم) ، قال في المسالك : وحيث لايعتبر تجديد القبض ، لايعتبر مضي زمان يمكن فيه احداثـه ، وان اعتبر اعتبر ، لأن الاذن فيه يستدعي تحصيله ، ومن ضروراته مضي زمان يمكن فيه ، بخلاف مالايعتبر فيه التجديد ، وقد تقدم مزيد تحقيق له في الرهن .

أقول : قـد أشرنا في الكتاب المذكور إلى‌أن ما ذكره من التحقيق غـير جدير بالنظر إليه ، ولا حقيق .

الخامس : قـد صرح جملة من الأصحاب (رحمهم‌الله) بأنـه لايشترط فـي القبض الفورية بعد العقد ، بالأصل وعدم الدليل على‌ذلك .

أقول : ويشير إلى عدم ذلك قوله عليه السلام في رواية عبيدبن زرارة ، وصحيحة محمدبن مسلم «إذا لم يقبضوا حتى يموت فهوميراث» فأنـه ظاهرفيما قلناه ، حيث علّق البطلان بعدم القبض حتى يموت ، المـؤذن بعدم البطلان متـى تحقق القبض وان تراخى عن العقد الا أن يموت ، أويفسخ العقد .

السادس : ينبغي أن يعلم أن القبض‌المعتبر شرعاً في‌الوقف إنما هو بالنسبة إلى البطن الأول بغيرخلاف يعرف ، فيسقط اعتبار ذلك في بقية البطون ، لأنهم يتلقون الملك عن البطن الأول ، وقد تحقق أولاً ، ولزم بالقبض أولاً ، وهذا هـو مقتضى الاخبار المتقدمـة ، فان غاية ما يدل عليه هـوالقبض ممن وقف عليه أولاً دون غيره ممن تأخرمن البطون ، والأصل العدم حتى يقوم دليل على‌خلافه .

السابع : لوكان الوقف على‌الفقراء أو الفقهاء فلابد من نصب قيّم للقبض، لما عرفت مـن أن القبض معتبر شرعاً فـي صحة الوقف ، والموقـوف على هؤلآء

المذكورين في الحقيقة إنما هو وقف على الجهة ، كما سيأتي بيانه انشاءالله تعالى قريباً ، لا وقف على الاشخاص ، فلا يكفي قبض بعضهم ، لأنه ليس هو الموقوف عليه ، وإنما الوقف على جهة من جهات مصلحته ، فلابد من نصب قيم للقبض من الواقف أو الحاكم ، أو قبض الحاكم بنفسه ، الا أن ظاهر خبر صدقة أمير المؤمنين عليه السلام بالعين التي في ينبع كما تقدم ليس فيه أزيد من قوله ذلك اللفظ المحكي في الخبر ، وبه ثبت الوقف وتم ، الا أنه يمكن أن يقال : ان قبضه عليه السلام لذلك لما كان بطريق الولاية لتلك الجهة ، وهو الحاكم الشرعي كان ذلك كافياً .

نعم لو كان الواقف ليس حاكماً شرعياً فان الواجب نصب القيم من جهته ، أو جهة الحاكم أو الحاكم بنفسه كما ذكرناه ، وقد تقدم في صحيحة صفوان قوله عليه السلام ان كان أوقفها لولده أو لغيرهم ثم جعل لها قيماً لم يكن له أن يرجع ، والظاهر أن المراد أنه أوقفها على أولاده البالغين مع غيرهم من الجهات العامة ، وجعل قيماً للوقف ، فانه لايجوز له الرجوع لحصول القبض من القيم ، فيكون الخبر دليلاً في المسئلة ، وحمل الأولاد على البالغين ، لأن حكم الصغار مذكور بعدهم في الرواية ، وأن الأب يقبض عنهم بالولاية ، ولو كان على مصلحة محضة ، كالمساجد والقناطر ونحوها ، فان القبض في ذلك إلى الناظر المعين لتلك المصلحة من الواقف أو الحاكم ، والحكم عندي في هذا المقام لايخلو من شوب التردد والأشكال لعدم معلومية اشتراط القبض من الأدلة كما لو كان الوقف على موجود مخصوص ، ولايشترط القبول هنا ، ولا في السابق لما تقدم من أن القبول إنما هو من الموقوف عليه في هذين الموضعين إنما هو الجهة ، ولا يعقل اعتبار قبولها على أنك قد عرفت ما في ذلك من البحث والمناقشة .

الثامن : أطلق بعضهم تحقق القبض في وقف المسجد والمقبرة بصلاة واحد فيه ودفن واحد فيها ، وقيده آخر بوقوع ذلك بأذن الواقف ، ليتحقق الإقباض الذي هو شرط صحة القبض ، وقيده ثالث بأن يوقع الصلاة والدفن بنية القبض أيضاً فلو

أوقعا ذلك لابنيته كما لو وقع قبل العلم بالوقف أو بعده قبل الاذن في الصلاة أو بعده ، لابقصد القبض ، إما لذهوله عنه أو لغير ذلك لم يلزم ، ومثله الدفن قالوا : هذا إذا لم يقبضه الحاكم الشرعي أو منصوبه والا فالأقوى الأكتفاء به إذا وقع باذن الواقف لأنه نائب المسلمين .

أقول : لم أقف في هذا المقام على نص يتضمن شيئاً من هذه الأحكام ، وهو مبني على ما تقرر عندهم من عدم ثبوت المسجدية الا بالوقف ، وقد تقدم منا تحقيق في ذلك في كتاب الصلاة في التتمة الملحقة بالمقدمة السادسة في المكان(١) واستوفينا الكلام معهم رضوان الله عليهم في ذلك فليرجع إليه من أحب الوقوف عليه .

التاسع : المفهوم من كلام أكثر الأصحاب وهو صريح جملة منهم أنه بعد القبض ليس للواقف فيه رجوع بوجه وقال الشيخ المفيد (رحمة الله عليه) في المقنعة : الوقوف في الأصل صدقات ، لايجوز الرجوع فيها الا أن يحدث الموقوف عليه ما يمنع الشرع من معونتهم ، والقربة إلى الله بصلتهم ، أو يكون تغير الشرط في الوقف إلى غيره أرد عليهم وأنفع لهم من تركه على حاله .

قال ابن ادريس بعد نقل ذلك عنه : والذي يقتضيه مذهبنا أنه بعد وقفه وتقضّيه لايجوز الرجوع فيه ، ولا تغييره عن وجوهه وسبيله ولا بيعه ، سوآء كان بيعه أرد عليهم أم لا ، إلى أن قال : فمن ادعي غير ذلك فقد ادعي حكماً شرعياً يحتاج في اثباته إلى دليل شرعي ، انتهى .

واجاب العلامة في المختلف عن ذلك : بما يؤذن بالجمع بين الكلامين ، من حمل كلام الشيخ المفيد على أن الواقف له قد شرط شرطاً يمتنع بدونه اجراء الوقف على حاله ، قال : فههنا يخرج الوقف عن اللزوم ، وأن يكون الواقف قد قصد معونة الموقوف عليهم لصلاحهم ودينهم ، فيخرج أربابه عن هذا

(١) ج ٧ ص ٣٠١ .

الوصف إلى حد الكفر ، فلقائل أن يقول يخرج أربابه عن الأستحقاق ، لأن الوقف صدقة ، ومن شرط الصدقة التقرب إلى الله تعالى ، فمن لايصح التقرب بالمعاونة عليه يبطل الوقف عليه ، انتهى .

والذي يقرب عندي أن كلام الشيخ المشار اليه (قدس الله روحه) مبنى على مسئلة أخرى ، وهو أنه هل يشترط في صحة الوقف القربة الى الله تعالى به ، فلو خلا منها لم يكن وقفا صحيحاً أم لا ؟ فعلى الأول لو تجدد من الموقوف عليه بعد الوقف ماينافي التقرب الى الله تعالى بصلته كاتصافه بالكفر بطل الوقف ، كما أنه يبطل ابتداء لو كان كافراً ، فانه لايجوز الوقف عليه ، الا أن يكون الكافر أحد الأبوين على ما سيأتي تفصيله ـ ان شاء الله تعالى ـ في تلك المسئلة ، وقد صرح بما قلناه ابن ادريس في تلك المسئلة ، فقال : لايجوز الوقف على الكفرة الا أن يكون الكافر أحد الأبوين ، لان من صحة الوقف وشرطه نيّة القربة فيه ، انتهى .

والشيخ المفيد (قدس سره) قد صرح في كتابه المذكور باشتراط القربة في صحة الوقف ، كما يشير اليه كلامه هنا ، فقال في موضع آخر : ولابد في ذكر الوقف من شرط الصدقة به ، والقربة الى الله تعالى بذلك ، وحينئذ فاعتراض ابن ادريس عليه ليس في محله ، لأنه من القائلين بهذا القول كما سمعت من عبارته المذكورة ، و مثلها ما صرح به في موضع آخر أيضاً حيث قال : وجملة القول أنه يفتقر صحة الوقف إلى شروط ، إلى أن قال : ومنها أن يكون متلفظاً بصريحه قاصداً اليه ، والتقرب به الى الله تعالى ، والمراد بقوله متلفظاً بصريحه ، يعنى الاتيان بالعبارة الصريحة في عقد الوقف ، وحينئذ فاذا كان مذهبه أن التقرب شرط في صحة الوقف فيبطل بدونه ، لفوات الشرط المذكور ، فانه لافرق بين البطلان بفواته في الأبتداء ، وفي الاثناء ، فان شرطيته ثابتة ابتداء واستمراراً ، فكلام الشيخ المذكور بناء على ما ذكرناه لايعتريه نقص ولاقصور ، بقي الكلام في تحقيق هذه المسئلة ، وهو أنه هل يشترط في صحة

الوقف القربة أم لا ؟ قدعرفت من كلام الشيخ المفيد وابن ادريس القول بذلك ، ونحوهما الشيخ في النهاية ، حيث قال : والوقف والصدقة شيء واحد ، ولا يصح شيء منهما إلا بعد ما يتقرب به الى الله تعالى ، وان لم يقصد بذلك وجه الله لم يصح الوقف .

وأما في المبسوط فلم يتعرض لذلك بنفي ولااثبات ، وظاهر كلام شيخنا الشهيد الثانى في المسالك العدم ، كما يشير اليه كلامه المتقدم في هذه المسئلة وقال في المفاتيح وفي اشتراط نيّة القربة قولان ، والأصح العدم ، لعدم دليل عليه بل العمومات تنفيه ، نعم حصول الثواب يتوقف عليه .

أقول : ويدل على ما ذكره المتقدمون من الاشترط ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن عبدالرحمن بن الحجاج (١) قال : بعث اليّ أبوالحسن موسى عليه‌السلام بوصية أمير المؤمنين عليه‌السلام وهي : بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى به وقضى به في ماله عبدالله علي ابتغاء وجه الله ليولجنى به الجنة ، ويصرفنى به عن النار ، ويصرف النار عني يوم تبيض وجوه وتسود وجوه أن ماكان لي من مال ينبع من مال يعرف لي فيها وماحولها صدقة ، وماكان لي بوادى القرى صدقة ، وما كان لي بديمة وأهلها صدقة ، وماكان لي باذنية وأهلها صدقة ، في سبيل الله ، الى أن قال : هذه صدقة واجبة بتلّة حياً أنا أو ميتاً ينفق في كل نفقة يبتغي بها وجه الله في سبيل الله ، وذوى الرحم من بنى هاشم وبنى المطلب الى أن قال: ولا يباع منه شيء ولا يوهب ولا يورث » الحديث ومانقلناه ملخص الخبر فانه طويل ، وهو كما ترى وقف مشتمل على التقرب .

ومثله ماروى من وقف الكاظم عليه‌السلام (٢) وقدتقدم ذكرها في الموضع الثاني

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٩ ح ٧ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٦ ح ٥٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٢ ح ٤ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٥٣ ح ٨ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٩ ح ٥٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٤ ح ٥ .

من المطلب الأول ، وفيها تصدق موسى بن جعفر بصدقته هذه وهو صحيح ، صدقة حبساً بتلاًبتاً لامشوبة فيها ولارداً أبداً ابتغاء وجه الله تعالى والدار الآخرة » الى آخر ماتقدم .

الا أن الخبرين المذكورين ليسا في الاشتراط ، فيجوز أن يكون ذكر ذلك لترتب الثواب الاخروي على ذلك الوقف ، اذبدون التقرب لا يترتب عليه ثواب وان صح ولزم ، كما صرحوا به .

ويمكن أن يكون مستند الشيخ المفيد ومن تبعه في ذلك انما هو الأخبار الدالة على أن الصدقة لاتصح ولاتلزم الابالقربة ، بحمل الصدقة على الوقف ، مثل قول أبي عبدالله عليه السلام في موثقة حماد وهشام وابن اذينة وابن بكير (١) « لاصدقة ولاعتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى » وموثقة عبيد بن زرارة (٢) قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يتصدق بصدقة أله أن يرجع في صدقته ، فقال : ان الصدقة محدثة ، انما كان النحل والهبة ولمن وهب أو نحل أن يرجع في هبته حيز أولم يحز ، ولا ينبغي لمن أعطى شيئاً لله أن يرجع فيه » .

ورواية زرارة (٣) « عن أبي عبدالله عليه السلام قال . انما الصدقة محدثة ، انما كان الناس على عهد رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) ينحلون ويهبون ، ولا ينبغي لمن أعطى لله شيئاً أن يرجع فيه ، قال . وما لم يعط لله وفي الله فانه يرجع فيه نحلة كانت أو هبة حيزت أولم تحز » الحديث .

والتقريب فيها أن المفهوم من كلام الشيخ المفيد أن الوقوف لاتخرج عن الصدقات بل هما أمر واحد في قصد التقرب الى الله عز وجل ، وهو صريح كلام الشيخ في النهاية لقوله والوقف والصدقة شيء واحد ، لايصح شيء منهما إلا بعد التقرب ، واليه يشير

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٠ ح ٢ التهذيب ج ٩ ص ١٥٩ ح ٦٧، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٠ ح ٣ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٥٣ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٢ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٣٠ ح ٣ ، التهذيب ح ٩ ص ١٥٢ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٤ ح ١ .

قوله في المقنعة ان الوقوف في الأصل صدقات ، بمعنى أنه إنما يطلق في الأصل والصدر السابق على الوقف لفظ الصدقة ، وهو حق كما سمعته من الأخبار المتقدمة ، سيما أخبار وقوف الأئمة عليهم السلام واليه يشير قوله عليه السلام في هذين الخبرين « انما الصدقة محدثة » يعني اطلاق هذا اللفظ على ما يعطى بقصد التقرب محدث ، وانما الذي كان يستعمل في زمنه (صلى الله عليه وآله وسلم) النحلة والهبة أعم من أن يكون مقترنة بالتقرب لله سبحانه ، فتدخل فيه الصدقة بالمعنى المتأخر أو لم يكن كذلك ، وهذا المعنى الذى استعمل فيه لفظ الصدقة انما هو الوقف ، والمستعمل من لفظ الصدقة في الصدر الأول انما هو الزكاة كما دلت عليه الآية ، وحينئذ فاذا كان الأصل في اطلاق الصدقة انما هو المعنى المترتب على لفظ الوقف ، فلابد من اشتراط التقرب فيه لاشتراط الصدقة بالقربة ، وان جرى ذلك أيضاً في الصدقة بالمعنى المتأخر فيجب اشتراط القربة في الصدقة بكل من المعنيين بالتقريب المذكور .

ومجمله أن اطلاق لفظ الصدقة على الوقف كما عرفت في الأخبار إنما هو من حيث أن الوقوف إنما تكون لله سبحانه ، وما كان لله سبحانه فلا رجعة من هذه الجهة لأنه قد استحق الأجر ، وكتب له الثواب ، فلا يجمع بين العوض والمعوض ، وبهذا التقريب يتم المدعى من شرطية التقرب في الوقف ، كما هو قول أولئك الفضلاء المتقدمين ، ولم يحضرني الآن من كتب المتقدمين غير من قدمت ذكره .

المسئلة الرابعة : قد عرفت أن من شرائط الوقف اخراجه عن نفسه ، ولا خلاف في بطلانه لو وقف على نفسه ، سواء اقتصر على ذلك أو جعله بعد نفسه لغيره ، إنما الخلاف فيما اذا جعله لغيره بعد ذكر نفسه وهو الوقف المنقطع الأول فقيل : بالصحة فيه ، وهو قول الشيخ في المبسوط والخلاف ، ولافرق في ذلك بين أن يقفه أولاً على نفسه أو على غيره ممن لا يجوز الوقف عليه ، ومرجعه الى منقطع الأول، والمشهور في كلام الأصحاب بطلان الوقف من أصله .

وقال الشيخ في الخلاف : اذا وقف على من لايصح الوقف عليه مثل العبد ، أو حمل لم يوجد ، أو رجل مجهول وما أشبه ذلك ، ثم بعد ذلك على أولاده الموجودين في الحال ، وبعدهم في الفقراء والمساكين بطل الوقف فيما بدأ بذكره لأنه لايصح الوقف عليهم ، وصح في حيّز الباقين ، لأنه يصح الوقف عليهم ، واستدل بأنه ذكر نوعين ، أحدهما لايصح الوقف عليه ، والآخر يصح ، فاذا بطل في حيّز من لايصح الوقف عليه ، صح في حيّز من يصح الوقف عليه ، لأنه لادليل على ابطاله ولا مانع منه .

وقال في المبسوط : اذا كان الوقف منقطع الابتداء ، ومتصل الانتهاء ، بأن يقف أولاً على من لا يصح الوقف عليه ، ثم على من يصح ، كمن يقف على نفسه أو عبده أو المجهول أو المعدوم أو الميت ، ثم على الفقراء والمساكين ، الذى يقتضيه مذهبنا أنه لايصح الوقف ، لأنه لا دليل عليه ، وفي الناس من قال : يصح تفريق الصفقة ، واذا قال : لايصح تفريق الصفقة بطل الوقف في الجميع ، وبقي الوقف على ملك الواقف لم يزل عنه ، ومن قال : يصح تفريق الصفقة أبطله في حق من لايصح الوقف عليه ، وصححه في حق الباقين ، وهذا قوي يجوز أن يعتمد عليه ، لأنّا نقول بتفريق الصفقة ، انتهى .

واستدل العلامة في المختلف والشهيدالثانى في المسالك على البطلان كما هو المشهور بما ملخصه أن اللازم من القول بالصحة أحد أمور ثلاثة : إما صحة الوقف مع انتفاء الموقوف عليه ، أو وقوع الوقف المشروط ، أو عدم جريان الوقف على حسب ماشرطه الواقف ، واللوازم كلها باطلة ، وليرجع في توجيه الملازمة الى ماذكروه ثمة .

والأظهر في الاستدلال على ذلك هو ما رواه في الكافي عن علي بن سليمان (١) « قال : كتبت اليه يعني أبا الحسن عليه‌السلام : جعلت فداك ليس لي ولد

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٧ ح ٣٣ ، التهذيب ج ٩ ص ١٢٩ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٦ ح ١ ، الفقيه ج ٤ ص ١٧٧ ح ٦٢٣ .

ولي ضياع ورثتها من أبي وبعضها استفدتها ولا آمن الحدثان ، فان لم يكن لي ولد وحدث بي حدث فما ترى جعلت فداك ؟ لي أن أوقف بعضها على فقراء اخواني والمستضعفين أو أبيعها وأتصدق بثمنها في حياتي عليهم ؟ فاني أتخوف أن لاينفذ الوقف بعد موتي ، فإن أوقفتها في حياتي فلي أن آكل منها أيام حياتي أم لا ؟ فكتب عليه السلام : فهمت كتابك في أمر ضياعك ، وليس لك أن تأكل منها ، ولا من الصدقة ، فان أنت أكلت منها لم تنفذ » الحديث .

وهو ظاهر في أنه لو وقف على نفسه بطل الوقف ، والتقريب فيه أن مقتضى الوقف على نفسه جواز الأكل منه ، مع أنه ليس له ذلك بالخبر المذكور ، فلا ثمرة لهذا الوقف لو قيل به ، ومنه يعلم أن عدم جواز الأكل مستلزم لبطلان الوقف على نفسه ، والمراد من عدم النفوذ إنما هو البطلان .

ومما يدل على اخراجه نفسه مما يقفه على غيره ما رواه الشيخ في الصحيح عن اسماعيل بن الفضل الهاشمي (١) « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير ، وقال : ان احتجت الى شيء من مالي أو من غلّة فأنا أحق به ، أله ذلك وقد جعله لله ؟ وكيف يكون حاله اذا هلك الرجل ؟ أيرجع ميراثاً أو يمضي صدقة ؟ قال : يرجع ميراثاً على أهله » .

وما رواه عنه (٢) في الصحيح أيضاً « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من أوقف أرضاً ثم قال : ان احتجت اليها فأنا أحق بها ثم مات الرجل فانها ترجع الى الميراث » .

وهذه الروايات ، وان لم تدل على خصوص البطلان في وقفه على نفسه كما هو المدعى ، إلا أنك قد عرفت من التقريب المتقدم ما يدل على ذلك ، ومع الاغماض عن ذلك ، فانها ظاهرة بل صريحة في أنه يجب اخراج نفسه مما أوقفه

---

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٤٦ ح ٥٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٧ ح ٣ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٥٠ ح ٥٩ .

على غيره من جميع الجهات ، أعم من أن يقف على نفسه أو يشترط الرجوع اليه كلاً أو بعضاً أو نحو ذلك مما يخرج عن الوقف على غيره ، ونحوها أيضاً رواية طلحة بن زيد (١) « عن أبي عبدالله عليه السلام عن أبيه أن رجلاً تصدق بدار له ، وهو ساكن فيها ، فقال : الحين اخرج منها » .

والأظهر عندي في الاستدلال على بطلان الوقف المنقطع الأول هو أن يقال : لاريب أن الأصل عصمة المال من الانتقال الا بدليل شرعي ، ولم تعلم من الشرع صحة الوقف بهذه الكيفية ، فان الأخبار الواردة في الوقف عنهم عليهم السلام فعلاً أو أمراً أو تقريراً إنما اشتملت على الوقف أولاً على من يصح الوقف عليه ، ثم على من عقبه به ، فلو صدّره بمن لا يصح الوقف عليه من نفسه ، أو غيره من الافراد المشار اليها آنفاً فالحكم بالصحة يتوقف على دليل ، وليس فليس ، وتخرج الروايات المذكورة شاهدة على ذلك ، وان كان موردها أخص ، والمفهوم من عبارة المبسوط أن القائل بالصحة إنما هو من المخالفين ، لأن مرمي لفظ الناس ذلك ، ويعضده ما ذكره من التعليل العليل ، فانه الأربط بمذاهب العامة ، وان استحسنه هنا وتبعهم فيه ، كما أن قوله الذي يقتضيه مذهبنا ، فيه اشارة إلى الاتفاق عليه عندنا وتعليله المذكور جيد ، كما ذكرنا .

تنبيهات :

الاول ــ اعلم أنهم قد صرحوا بأنه على تقدير القول بالصحة كما هو مذهب الشيخ في الكتابين المذكورين فهل تثبت هذه الصحة لغيره من حين الوقف ؟ أم بعد موت الواقف ؟ وجهان : ثم نقلوا عن الشيخ اختيار الاول ، وهو أن الوقف ينتقل لذلك الغير من حين الوقف كما هو ظاهر كلامه المتقدم .

ثم انهم اعترضوه بأنه خلاف مقصود الواقف . وقد قال العسكري عليه السلام (٢)

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٣٨ ح ٢٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٧ ح ٤ .
(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٢٩ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٥ ح ١ .

« ان الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها » وأهلها لم يقصدوا ذلك الغير ابتداءً فكيف تصرف إليه .

وهذا الاعتراض عندي لايخلو من خدش ، لأنه لاخلاف في بطلان الوقف على نفسه في هذه الصورة ، ولاخلاف في أن الخبر على اطلاقه غير معمول عليه ، والا لدخل تحته جملة الوقوف الباطلة التي لاخلاف في بطلانها ، فلابد من تخصيصه بما كان صحيحاً شرعاً ، والشيخ يدعي أن الوقف على ذلك الغير مع تقدم الوقف على نفسه صحيح ، وإن بطل وقفه على نفسه ، لأن وقفه على نفسه قد خرج من اطلاق الخبر المذكور ، فيكون شاملاً لما ادعاه بناءً على دعواه ، فالزامهم له بأن مقتضى ماذكره خلاف مادل عليه الخبر ، مردود بأنه وان دل باطلاقه على ذلك ، الا أنه يجب تخصيصه ، واخراج هذه الصورة ونحوها من اطلاقه ، كما عرفت .

وبالجملة فان الظاهر ان اعتراضهم عليه غير موجه ولا ظاهر ، ومن ثم أعرضنا عن نقل دليلهم المتقدم ذكره إلى ما قدمناه من الدليل الواضح السبيل .

ثم انهم ذكروا بعد رد قول الشيخ بما قدمنا نقله عنهم بأن الأقوى تفريعاً على الصحة انصرافه إليه بعد موت الموقوف عليه ، قالوا : وبهذا يسمى منقطع الاول.

أقول : لاأعرف لقوة ما ذكروها وجهاً ، الا أن يكون باعتبار صدق هذه التسمية على هذا التقدير ، دون الاول ، وهو لايجدي نفعاً ، على أن هذه التسمية إنما هي في كلامهم ، ومجرد اصطلاح منهم ، بل الأقوى إنما هو الاول بالتقريب الذي ذكرناه ، واندفاع ما أوردوه على الشيخ (رحمه الله) .

الثاني : قالوا : لو وقف على نفسه وغيره بأن وقع العطف بالواو ففي صحة الوقف على الغير بأن يكون في النصف ، ويبطل في النصف الآخر ، أو في الكل بأن يكون الكل وقفاً عليه ، أو يبطل في حقه كما في قرينه أوجه ، : وظاهره في المسالك ترجيح الأول والميل إليه ، قال : ولو عطف الغير في الأول على نفسه بالواو ، فليس بمنقطع الاول ، لبقاء الموقوف عليه ابتداءً وهو الغير ، فان الموقوف عليه

ليس هو المجموع منه ومن الغير ، من حيث هو مجموع ، بل كل واحد منهما ، والأقوى حينئذ صحة الوقف على الغير في نصفه ، وبطلان النصف في حقه ، لعدم المانع من نفوذ الوقف في النصف ، مع وجود المقتضي للصحة وهو الصيغة مع ما يعتبر معها .

ويحتمل ضعيفاً أن يكون الكل للغير ، خصوصاً لو جعلناه للغير في السابق كما مر ، نظراً إلى أن الموقوف بالنسبة اليهما هو المجموع من حيث هو مجموع ، فالحكم بالتنصيف إنما نشأ من امتناع كون المجموع وقفاً على كل منهما كمنقطع الأول ، فإذا امتنع الوقف على أحدهما خاصة ، انصرف وقف المجموع إلى الآخر .

ويضعف بأنه إنما وقف عليهما بحيث يكون لكل منهما حصة ، فإذا بطل في أحدهما لم ينصرف الموقوف كله إلى الآخر ، لان ذلك خلاف مدلول الصيغة ، وخلاف مراد الواقف ، والعقد تابع للقصد ، انتهى ، وكأن من احتمل البطلان كما قدمنا نقله نظر إلى أنه منقطع الاول ولو في الجملة .

أقول : المسئلة كغيرها لخلوها من النص لاتخلو من الأشكال ، وان كان ما اختاره في المسالك قوي الاحتمال .

الثالث : قد صرحوا بأنه لو وقف على غيره وشرط قضاء ديونه أو إدار مؤنته بطل الوقف ، وهو كذلك لما تقدم من الأخبار في المسئلة ، فانها وان لم تتضمن ما ذكروه هنا بخصوصه ، الا أن ظاهرها نقل الملك والمنافع عن نفسه ، وإذا شرط الواقف قضاء ديونه أو إدار مؤنته أو نحو ذلك فقد شرط ماينافي مقتضاه ، فيبطل الشرط والوقف ، والأولى أن يجعل هذا الكلام توجيهاً للنص ، والعلة الحقيقية إنما هي النص ، وهذا الكلام مما يصلح توجيهاً له وبياناً للحكمة في ذلك ، ومقتضى الأخبار المذكورة بطلان الوقف بهذا الشرط ، كما هو المشهور ، وقد تقدم الخلاف في ذلك ، والقول في المسئلة بأن الباطل إنما هو الشرط خاصة مع صحة أصل العقد ، وقد تقدم تحقيق الكلام في هذه المسئلة في مواضع

أولها مقدمات الكتاب أعني المقدمات الواقعة في أول جلد كتاب الطهارة (١) وبيّنا ثمة أن الأولى في ذلك هو الوقوف على الأخبار فيما ترد به من الأحكام، وأن ذلك لا تتخذ قاعدة كلية في بطلان الشرط خاصة، أو أصل العقد، كما يفهم من كلام الاصحاب، بل يجب الوقوف فيه على موارد النصوص، حيث أن بعضها تضمن بطلان الشرط خاصة، مع صحة أصل العقد في بعض الاحكام، وبعضها تضمن بطلان أصل العقد في بعض آخر، كما في هذا الموضع وغيره، ثم انه لا فرق في البطلان بما يشترط بين أن لا يكون قليلاً أو كثيراً، لوجود المقتضي في الجميع، قال في المسالك: ومن جوز الوقف على نفسه جوز اشتراط هذه الاشياء مطلقاً.

أقول: ظاهر هذا الكلام وجود قول في المسئلة بجواز الوقف على نفسه، مع أن ظاهر الأصحاب الاتفاق على العدم وهو نفسه ممن صرح بذلك أيضاً، فقال في شرح قول المصنف ومن وقف على نفسه لم يصح، لا خلاف بين أصحابنا في بطلان وقف الانسان على نفسه الى آخره، والظاهر أن منع الاشتراط المذكور انما هو بالنسبة الى نفسه، وإلا فلو اشترط لغيره من أقاربه أو غيرهم صح الوقف والشرط، ويدل على ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن جعفر بن حيان (٢) وهو مجهول أو واقفي « قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوقف غلة له على قرابته من أبيه، وقرابته من أمه، وأوصى لرجل ولعقبه عن تلك الغلة ليس بينه وبينه قرابة بثلاثمائة درهم في كل سنة ويقسم الباقي على قرابته من أبيه، وقرابته من أمه؟ قال: جائز للذي أوصى له بذلك، قلت: أرأيت ان لم يخرج من غلة الأرض التي وقفها إلا خمسمائة درهم، فقال: أليس في وصيته ان يعطى الذى أوصى له من الغلة ثلاثمائة درهم ويقسم الباقي على قرابته من أمه وقرابته من أبيه، قلت: نعم، قال: ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلة شيئاً حتى يوفي الموصى له بثلاثمائة درهم، ثم لهم ما بقي من

(١) ج ١ ص ١٦٤.

(٢) الكافي ج ٧ ص ٣٥ ح ٢٩، التهذيب ج ٩ ص ١٣٣ ح ١٢، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٦ ح ٨.

بعد ذلك ، قلت : أرأيت ان مات الذي أوصى له ؟ قال : ان مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها مابقي أحد منهم فاذا انقطع ورثته ، ولم يبق منهم كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميت ، ترد الى ما يخرج من الوقف ، ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك مابقوا وبقيت الغلة ، قلت : فللورثة من قرابة الميت بأن يبيعوا الأرض اذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلة ؟ قال : نعم اذا رضوا كلّهم وكان البيع خيراً لهم باعوا » .

وفي هذا الخبر دلالة على تفسير العقب بالورثة ، والأكثر على أن المراد به إنما هو الولد ، وولد الولد ، وقيل بتفسيره بالورثة ، وهذا الخبر صريح فيه كما ترى ، وأمّا ما ذكره آخر الخبر من جواز بيع الوقف ، فقد تقدم الكلام فيه مستوفى في فصل البيع من كتاب التجارة (١) .

وما رواه في الكافي عن أحمد بن محمد (٢) والظاهر أنه البزنطي في الصحيح « عن أبي الحسن الثاني عليه‌السلام قال : سألته عن الحيطان السبعة التي كانت ميراث رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلّم) لفاطمة عليها‌السلام فقال : لا انما كانت وقفاً ، وكان رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلّم) يأخذ اليه منها ماينفق على أضيافه ، والتابعة تلزمه فيها فلما قبض جاء العباس يخاصم فاطمة عليها‌السلام فيها فشهد علي عليه‌السلام وغيره أنها وقف على فاطمة عليها‌السلام وهي الدلال ، والعواف ، والحسنى ، والصافية ، ومالأم ابراهيم والميثب ، والبرقة » .

ورواه الصدوق والشيخ مرسلا (٣) وفيه بدل والتابعة تلزمه فيها ومن يمر به ، وظاهر الخبر المذكور أنه (صلى الله عليه وآله سلّم) وقف هذه الحوائط في حياته على فاطمة عليها‌السلام ، وشرط الأنفاق منها على أضيافه ، وماينوبه وهو المشار اليه

(١) ج ١٨ ص ٤٤٤ .
(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٧ ح ١ .
(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٤٥ ح ٥١ ، الفقيه ج ٤ ص ١٨٠ ح ١٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣١١ ح ٣ .

بالتابعة أي مايتبع الانسان مما يهمه ويعينه .

الرابع : المشهور بين الأصحاب أنه لو وقف على الفقراء فصار فقيراً أوعلى الفقهاء فصار فقيهاً فانه يصح له الأخذ منه ، ومشاركة المذكورين ، وخالف في ذلك ابن ادريس ، فمنع من ذلك لخروجه عنه ، فلايعود اليه .

وفصل العلامة في المختلف تفصيلاً حسناً ، فقال : والوجه عندي أن الوقف ان انتقل الى الله تعالى كالمساجد ، فانه للواقف الأنتفاع به ، كغيره من الصلاة فيه ، وغيرها من منافع المسجد ، وان انتقل الى الخلق لم يدخل ، سواء كان مندرجاً فيهم وقت الوقف ، كما لو وقف على المسلمين أو على الفقهاء وهو منهم ، أولم يكن ، كما لولم يكن فقيهاً وقت الوقف ثم صار منهم ، لنا أنه مع الانتقال الى الله تعالى يكون كغيره ، لتساوى النسبة مع جميع الخلق ، فلا معنى لاخراجه عنه مع ثبوت المقتضى وهو الاباحة السالمة عن معارضة وقفه على نفسه ، ومع الانتقال إلى من يندرج فيهم ، أودخل لمكان دخوله تحت اللفظ العام ، فيكون قدوقف على نفسه وغيره ، فيبطل في حق نفسه ، فان العام يتساوى نسبة أفراده اليه ، انتهى .

أقول : ومما يؤيد أن الوقف في هذه الصورة انما ينتقل الى الله عزوجل دون الموقوف عليه ، أن الوقف على هذه الكيفية ليس وقفاً على الأشخاص المتصفين بهذا الوصف ، فليس وقفاً على نفسه ، ولاعلى جماعة هومنهم ، وانما هووقف على جهة مخصوصة ، وهي جهة الفقر والمسكنة مثلاً ، وقصد نفع الموصوف بهذه الصفة لأشخاص بعينهم ، ولهذا انه لايشترط قبولهم ولاقبول بعضهم وإن كان ممكناً لأنه لم ينتقل اليهم ، ولا يجب صرف النماء على جميعهم ، بل يجوز أن يخص به بعضهم ولو واحد منهم ، ولوكان وقفاً عليهم لوجب ايصاله إلى كل فرد فرد منهم ، مثل ما لو وقف على أولاده ونحوهم .

والى هذا التفصيل مال في المسالك أيضاً احتج القائلون بالعموم بأنه وقف

صحيح فيتناول كل من يدخل تحت اللفظ عملاً باطلاقه ، وهو كغيره والفرق ظاهر بين الوقف عليه بالتنصيص ، والأندراج تحت العموم ، ومع الفرق لايتم القياس ، وأجيب بالمنع من كونه كغيره فان الفرق واضح ، اذ يصح الوقف على غيره دونه ، ولافرق بين التنصيص والأندراج في الأرادة من اللفظ ، والمطلق ممنوع منه ، ويتساوى جزئياته في المنع .

وأنت خبير بأن المسئلة لعدم النص لاتخلو من شوب الأشكال وان كان ما ذكره العلامة (أجزل الله تعالى اكرامه) لا يخلو من قرب .

ونقل عن الشهيد في بعض فتاويه أنه يشارك ما لم يقصد منع نفسه أو ادخالها واستحسنه في المسالك ، قال : فانه اذا قصد ادخال نفسه فقد وقف على نفسه ، ولم يقصد الجهة ، وإن قصد منع نفسه فقد خصص العام بالنيّة ، وهو جائز فيجب اتباع شرطه السابق وانما يبقى الكلام عند الاطلاق ، انتهى وهو جيد .

الخامس : اختلف الأصحاب فيما لو شرط الواقف في عقد الوقف عوده اليه عند الحاجة ، والخلاف هنا وقع في موضعين : أحدهما في صحة هذا الشرط وبطلانه ، والمشهور الأول ، بل ادعى المرتضى (رضي الله عنه) الاجماع عليه ، قال : ومما انفردت به الأمامية القول بأن من وقف وقفاً جاز أن يشترط أنه ان احتاج اليه في حال حياته كان له بيعه ، والانتفاع بثمنه ، وبه قال الشيخ المفيد والشيخ في النهاية ، وابن البراج ، وسلار ، والمحقق في الشرايع ، والعلامة والشهيد الثاني في المسالك وغيرهم .

وقيل : بالثاني وهو مذهب ابن ادريس ، مدعياً عليه الاجماع ، والشيخ في المبسوط ، وابن حمزة ، وابن الجنيد ، و المحقق في النافع ، احتج الأولون على ما ذكره في المسالك ، وقبله العلامة في المختلف بالاجماع المنقول في كلام المرتضى وعموم «أوفوا بالعقود» (١) «والمؤمنون عند شروطهم» (٢) وقول العسكري عليه السلام

(١) سورة المائدة ــ الاية ١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤

« الوقوف على حسب مايوقفها اهلها » (١) .

وخصوص رواية اسمعيل بن الفضل (٢) « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير ؟ وقال : ان احتجت الى شيء من مالي أو من غلة فأنا أحق به أله ذلك وقد جعله لله ؟ وكيف يكون حاله اذا هلك الرجل أيرجع ميراثاً أم يمضى صدقته ؟ قال : يرجع ميراثاً على أهله » .

هكذا نقله في المسالك ، قال : والمراد بالصدقة في الرواية الوقف لقرينة الباقي ، ولأن الوقف تمليك المنافع ، فجاز شرط الخيار فيه كالأجارة ، انتهى .

وعندى ان هذا الاستدلال لايخلو من تطرق الاشكال ، أما الاجماع فمعلوم مما سبق في غير مقام ، ولاسيما مع مقابلته هنا بالاجماع الذي ادعاه ابن ادريس ، واجماعات المرتضى (رضي الله عنه) فيما انفرد به من الأقوال كثيرة ، وبه يظهر ضعف الاستناد إليه في جميع الأحكام كما تقدم تحقيقه ، وأما عموم « أو فوا بالعقود » « والمؤمنون عند شروطهم » ففيه أنه لاريب أن العقد كما يطلق على الصحيح ، يطلق على الفاسد ، وكذلك الشرط ، فيقال : عقد صحيح ، وعقد فاسد ، وشرط صحيح وشرط فاسد ، ولاجائز أن يأمر الشارع بالوفاء بالعقد الفاسد ، ولا بالشرط الفاسد ، فالأمر بالوفاء بالعقد والشرط إنما يتوجه إلى العقد الصحيح ، والشرط الصحيح ، ودعوى كون ذلك صحيحاً هنا محل النزاع كما ذكرنا ، فلايتم الاستدلال .

وبذلك يظهر أن الاستدلال بهذين الدليلين لايخرج عن المصادرة ، وأما حديث العسكرى عليه السلام فقد قدمنا سابقاً أنه لايجوز الاستدلال به على اطلاقه ، لتناوله للوقوف الباطلة اتفاقاً كالوقف على نفسه ، أو على عبد أو حمل أو نحو ذلك

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٢٩ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٥ ح ٢ .
(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٤٦ ح ٥٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٧ ح ٣ .

مما اتفقوا على بطلانه ، فلابد من تخصيصه بالوقف الصحيح المستكمل لشرائط الصحة ، ودعوى كونه هنا كذلك محل البحث والنزاع ، فيرجع ذلك إلى المصادرة أيضاً .

وأما حديث اسماعيل بن الفضل فلا أعرف له دلالة على ما ادعوه ان لم يكن بالدلالة على البطلان أشبه ، وذلك فان كلام السائل قد تضمن السؤال عن شيئين : أحدهما أن هذا الشرط هل يصح أم لا ؟ وإليه أشار قوله في الخبر المذكور «أله ذلك وقد جعله لله» والثاني أنه ما حكمه بعد موت الرجل ، والحال هذه أيرجع ميراثا أم يبقى وقفاً ، والجواب في الخبر إنما وقع عن الثاني خاصة ، ولاريب أن رجوعه ميراثاً كما أجاب به عليه السلام كما أنه يصح مع صحة الوقف ، كما ادعوه كذلك يكون صحيحاً مع البطلان ، كما يقوله الخصم ، بل هو أولى بالبطلان ، بل هو الظاهر ، فان الأظهر أن الامام عليه السلام جعل هذا الجواب جواباً عن السؤالين معاً ، والا فسكوته عن جواب السؤال الأول من غير وجه يدعوه إليه مشكل ، وحينئذ فحكمه عليه السلام برجوعه ميراثاً متضمن للجواب صريحاً عن السؤال الثاني ، وضمناً عن الأول ، بمعنى أن رجوعه ميراثاً كناية عن كونه لم يخرج عن ملكه في حال حياته ، ويؤيده قوله وقد جعله لله .

وقد تقدم في جملة من الأخبار أن ما جعله لله لارجعة فيه ، وحاصله أنه ليس له الرجوع بما ذكره لكونه قد جعله لله سبحانه ، بل هو باطل في حال حياته وموته ، ورجوعه ميراثاً إنما هو لذلك ، لأن الحكم بصحته في حال الحياة باطل ، بما ستعرفه في حجة القول الثاني .

ونحو هذه الرواية صحيحة اسماعيل الثانية (١) المتقدمة عن أبى عبدالله عليه السلام قال : من أوقف أرضاً ثم قال : ان احتجت إليها فأنا أحق بها ، ثم مات الرجل فانها ترجع ميراثاً » فان الظاهر أن رجوعها كاشف عن بطلان الوقف في حياته ، وأن

---

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٥٠ ح ٥٩ .

رجوعها ميراثاً إنما هو لذلك ، وأما ما ذكره والعلامة (رحمة الله عليه) قبله من قوله ولأن الوقف تمليك للمنافع إلى آخره ، فهو في البطلان أظهر من أن يحتاج إلى مزيد بيان ، مضافاً إلى أن بناء الأحكام الشرعية على مثل هذه التعليلات العليلة مجازفة محضة .

استدل القائلون بالقول الثاني على ما نقله في المسالك ، بأن هذا الشرط خلاف مقتضى الوقف ، لأن الوقف إذا تمّ لم يعد إلى المالك على حال ، فيكون فاسداً ويفسد به العقد .

والعجب أنه في المسالك مع تصديه للانتصار للقول المشهور ، والجواب عما أورد على أدلته ظاهرة القصور لم يتعرض للجواب عن استدلال الخصم المذكور ، وكيف يمكنه الجواب عنه ، وهو قد اعترف بذلك في مسئلة مالو وقف على غيره ، وشرط قضاء ديونه ، أو إدار مؤنته ، حيث قال : ثمة وإذا شرط الواقف قضاء ديونه أو إدار مؤنته أو نحو ذلك ، فقد شرط ما ينافي مقتضاه ، فبطل الشرط والوقف ، انتهى .

ولاريب أن مقتضى الوقف الذي ذكره هو عدم العود إلى الواقف بوجه ، وحينئذ فكما أنه يبطله شرط قضاء الديون وإدار المؤنة ، كذلك يبطله اشتراط الرجوع إليه لحاجته وفقره .

وبالجملة فان الظاهر من الأخبار المتقدمة هو البطلان باشتراط الرجوع بأحد الوجوه المذكورة في مواضع هذه المسئلة ، لبطلان هذه الشروط من الأكل من الوقف ، أو شرط قضاء ديونه ، أو الرجوع عند الحاجة ، لاشتراك الجميع في العلة المقتضية للمنع ، وهو الخروج عن مقتضى الوقف .

قال في المختلف : احتج المانعون بأنه شرط ينافي عقد الوقف ، فيبطل لتضمنه شرطاً فاسداً ، والجواب المنع من منافاة الشرط العقد ، وإنما يكون منافياً لو لم يكن الوقف قابلاً لمثل هذا الشرط ، انتهى .

وفيه ما عرفت من ثبوت المنافاة ، قوله وإنما يكون منافياً لو لم يكن الوقف قابلاً لمثل هذا الشرط محض مصادرة ، فان الخصم يدعي أنه غير قابل ، وبما حققناه في المقام يظهر لك أن جميع أجوبتهم عن حجج القول الثاني لا يخرج عن المصادرة ، وأن الأظهر هو بطلان العقد لبطلان الشرط المذكور ، كسابقه من الشروط المتقدمة .

وثانيهما أنه على تقدير القول بصحة العقد كما هو المشهور ، فانه ان حصلت الحاجة ورجع في الوقف ، فانه يجوز الرجوع ، ويبطل الوقف بلا خلاف بينهم ، وانما الخلاف فيما اذا لم يرجع حتى مات ، فهل يبطل الوقف بالموت ؟ لصيرورته قبله بالشرط المذكور حبساً ، فيرجع بعد الموت إلى ورثة الواقف ، أم يستمر الوقف على حاله ؟ قولان : نقل عن الشيخ وجماعة منهم المحقق والعلامة الأول ، عملاً بالرواية المتقدمة وهي صحيحة اسماعيل بن الفضل الأولى ، بناء منهم على دعوى دلالتها على صحة الوقف وعدم بطلانه بمجرد هذا الشرط ، ولكن هذا الشرط حيث كان منافياً للدوام الذي هو من شروط الوقف كان من قبيل الحبس فيبطل بالموت ، وقد عرفت ما فيه ، وأنه لا دلالة في الرواية على ما ادعوه .

وقيل : بالثاني وبه صرح المرتضى : (رضي الله عنه) واختاره في المختلف ، قال المرتضى (رضي الله عنه) معترضاً على نفسه في تتمة كلامه الاول بأن هذا شرط يناقض كونه وقفاً وحبساً بخلاف غيره من الشروط ، وأجاب بأنه غير مناقض ، لأنه متى لم يختر الرجوع فهو ماض على سبيله ، ومتى مات قبل العود نفذ أيضاً نفوذاً تاماً ، وهذا الحكم ما كان مستفاداً قبل الوقف ، فكيف يكون ذلك نقضاً لحكمه ، وقد بيّنا أن الحكم باق ، انتهى وهو ظاهر في استمرار صحة الوقف بعد الموت ، قال في المختلف : وهو الوجه عندي وتحمل الرواية على ما اذا رجع .

والتحقيق بالنظر الى ما قدمناه حيث أنه لا دليل على الصحة هو بطلان الوقف وأن عوده ميراثاً انما هو من هذه الحيثية ، فلا أثر لهذا الخلاف ، لبطلان الأساس

المبني عليه ، وهو ثبوت الصحة .

وأما جواب المرتضى (رضي الله عنه) عن الاعتراض الذي أورده على نفسه بأنه متى لـم يختر الرجوع فهوماض على سبيله الى آخر ما ذكره ، ففيه أن المناقضة لا تترتب على اختياره الرجوع ، ووقوع الرجوع بالفعل بل المناقضة حاصلة بمجرد هذا الشرط ، وذكره في العقد ، حيث أن مقتضى العقد هو عدم الرجوع في الموقوف عليه بعد الوقف ، ومقتضى الشرط هو الجواز فالمناقضة حاصلة ، وبها يجب الحكم ببطلان الشرط ، وببطـلانه يبطل العقد ، وهذا هو دليلهم على بطلان العقد فيما لو شرط قضاء ديونه ، أو ادار مؤنته ، كما عرفت من عبارة المسالك المتقدمة وبه يظهر لك ما في جوابه (قدس سره) من الضعف ، وان جـد عليه العلامة في المختلف حيث أنه موافق لما اختاره والله العالم .

المسئلة الخامسة : في جمـلة من الشروط زيادة على ما تقدم : منها ما لو شرط ادخال من يريـد مع الموقوف عليهم ، وقد صرحوا بالجواز ، سواء كان الوقف على أولاده أو غيرهم ، وعللوا ذلك بأن هذا الشرط لا ينافي مقتضى الوقف ، فان بنائه على ادخال من سيوجد ، ومن سيولد من الموجودين وقت الوقف ، واشتراط ادخال من يريد ادخاله في معناه بل أضعف ، لانه قد يريد ، فيكون في معنى اشتراط دخوله ، وقد لا يريد فيبقى الوقف على أصله ، فاذا جاز الأول اتفاقاً جاز الآخر كذلك أو بطريق أولى .

قالوا : وما يقال ـ من أن ادخال من يريد يقتضي نقصان حصة الموقوف عليهم فيكون ابطالاً للوقف في ذلك البعض ـ غير قادح ، لأن ذلك وارد في شرط ادخال المولود ونحوه ، ولأن العقد لما تضمن الشرط لم يكن للموقوف عليه حق إلا مطابقاً له ، فلا يتغـير ، ولأن الوقف لازم في حـق الموقوف عليه في الجملة ، وانما المختلف الحصة ، وذلك غير قادح ، كما لو وقف على بطون فزادت تارة ، ونقصت أخرى .

أقول : ويمـكن الاستدلال على أصل المسئلة بالأخبار الآتية في المقام الدالة

على جواز الادخال من غير شرط ، كصحيحة علي بن يقطين (١) « قال : سألت أباالحسن عليه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ، ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده قال : لابأس بذلك » ونحوها غيرها مما سيأتي انشاء الله تعالى في المسألة .

والتقريب فيها أنه اذا جاز الادخال من غير شرط كما هو مدلول الأخبار المذكورة فمع الشرط بطريق أولى .

وكيف كان فالمسألة لاتخلو من شوب الاشكال ، لعدم النص الواضح في هذا المجال ، وما ذكروه من التعليل لايصلح لتأسيس حكم شرعي كما عرفت في غيرموضع ، وما ذكرنا من الأخبار غيرخال من الأشكال كما سيأتي انشاءالله تعالى بيانه والله العالم .

ومنها ـ مالو شرط اخراج من يريد ، وقد صرحوا هنا ببطلان الوقف ، قال في المسالك : وهو عندنا موضع وفاق ، ثم علّله زيادة على ذلك بأن وضع الوقف على اللزوم ، وإذا شرط اخراج من يريد من الموقوف عليهم كان منافياً لمقتضى الوقف ، إذ هو بمنزلة الخيار ، وهو باطل ، انتهى .

وهو جيد إلا أن فيه رداً عليه فيما اختاره من صحة الوقف مع اشتراط عوده إليه ، عند الحاجة ، فانه لايخفى أن اللزوم الذي هو وضع الوقف عليه كما يعتبر من جهة الموقوف عليه ، بحيث لايجوز اخراج بعضهم ، كذلك يعتبر من حيث حبس الوقف عليهم ، فلايجوز للواقف الرجوع إليه بوجه ، خصوصاً مع اقترانه بالقربة ، كما قدمنا بيانه من اشتراط الوقف بذلك ، وقد تكاثرت الأخبار بأن ما كان لله تعالى فلارجعة فيه .

ومنها ما لو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيوجد ، والمشهور هنا البطلان ، بل ادعى عليه الشيخ الأجماع ، وذهب العلامة في التذكرة إلى صحة

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٣٧ ح ٢٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٠ ح ١ .

الشرط المذكور ، مدعياً عليه الاجماع ، وفي القواعد استشكل الحكم بالبطلان ، ومنشأ الاستشكال المذكور كما ذكره في المسالك من بناء الوقوف على اللزوم ، فإذا شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى غيره فقد شرط خلاف مقتضاه ، فيبطل الشرط والعقد ، ومن عموم (١) « المؤمنون عند شروطهم » وقول العسكرى عليه السلام (٢) المتقدم ذكره « من أن الوقوف على حسب مايوقفها أهلها » وأنه يجوز الوقف على أولاده سنة ، ثم على المساكين .

أقول : قد عرفت ضعف الوجه الثاني من الاستدلال بالخبرين المذكورين وأما جواز الوقف على أولاده سنة ثم على المساكين ، فصحته متوقفة على قيام دليل عليه ، ومع تسليم صحته ، فوجه الفرق ظاهر ، لأن مقتضى ما نحن فيه هو أنه بالوقف عليهم يلزم بقاؤه ما وجدوا كما هو مقتضى الوقف ، وشرط النقل مناف له ، وأما الوقف على اولاده سنة فليس كذلك ، لأنه إنما وقف عليهم مدة معينة ، فلا ينافيه التعقيب بالوقف على المساكين

وبما ذكرنا يظهر لك ما في دعواه في التذكرة الاجماع على الصحة ، مع استشكاله في القواعد ، وأما ما قيل في تعليل الصحة ـ زيادة على ما ذكر ـ من أنه يصح الوقف باعتبار صفة للموقوف عليه كالفقر ، فإذا زالت انتقل عنه إلى غيره ان شرط ، وهو في معنى النقل بالشرط ، ونقل عن الدروس انه استقرب به .

ففيه أولاً ما عرفت في غير موضع من أن بناء الأحكام الشرعية على مثل هذه الاعتبارات الوهمية ـ والتخريجات العقلية ، مع استفاضة الآيات والاخبار بالمنع من القول بغير علم ودليل واضح من كتاب أوسنة ـ مجازفة محضة في الأحكام الشرعية ، نسئل الله سبحانه المسامحة لنا ولهم من زلل الأقدام ، وهفوات الأقلام .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ .
(٢) الكافي ج ٧ ص ٣٧ ح ٣٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٥ ح ٢ .

وثانياً أنه مع الاغماض عن ذلك فوجه الفرق بين الموضعين ظاهر مما قدمناه في التنبيه الرابع من المسئلة السابقة (١) ، وملخصه أن الوقف على الفقراء إنما هو وقف على الجهة كالوقف على المساجد ، والوقف هنا ينتقل إلى الله تعالى ، ويشترك فيه كل من اتصف بذلك العنوان حتى الواقف نفسه ، فلا يحصل هنا نقل عن الموقوف عليه ، لأنه ليس ثمة موقوفاً عليه ، وإنما يصير مراعاً ببقاء الصفة المذكورة من الفقر ونحوه ، فإذا زالت كان في حكم موت الموقوف عليه ، بخلاف ما نحن فيه ، فانه بالوقف عليه يصير ملكاله ، ونقله عنه بالاختيار مناف لتمليكه له بالوقف ، وبذلك يظهر لك أن الحق هو بطلان الوقف بهذا الشرط والله العالم .

ومنها ما لو وقف على أولاده الاصاغر ، فانه يجوز أن يشرك معهم غيرهم بالشرط في العقد ، والظاهر أنه لا خلاف فيه ، وإنما الخلاف في أنه هل يجوز مع عدم الشرط أم لا ؟ المشهور الثاني ، وقال الشيخ في النهاية بالأول ، قال : إذا وقف على ولده الموجودين وكانوا صغاراً ثم رزق بعد ذلك أولاد جاز أن يدخلهم معهم فيه ، ولا يجوز أن ينقله عنهم بالكلية اليهم ، ووافقه ابن البراج ، إلا أنه قيّده بعدم قصره على السابقين ، قال : الوقف يجب أن يجري على ما يقفه الواقف ، ويشترط فيه ، وإذا وقف على ولد موجود وهو صغير ، ثم ولد له بعده غيره ، واراد أن يدخله في الوقف مع الاول كان جائزاً ، إلا أن يكون قد خص الولد الموجود بذلك ، وقصره عليه ، وشرط أنه له دون غيره ممن عسى أن يرزقه من الأولاد ، فانه لا يجوز له أن يدخل غيره في ذلك .

والاختلاف في هذه المسئلة ناش من اختلاف الأخبار فيها ، فمما تدل على القول المشهور صحيحة علي بن يقطين (٢) «عن أبي الحسن عليه‌السلام قال : سألته

(١) ص ١٦٣

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٣٧ ح ٢٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٠ ح ١

عن الرجل يتصدق ببعض ماله على بعض ولده ويبينه لهم ، أله أن يدخل معهم من ولده غيرهم بعد أن أبانهم بصدقته ؟ قال : ليس له ذلك الا أن يشترط أنه من ولده فهومثل من تصدق عليه فذلك له » .

ويؤيدها رواية جميل (١) « قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام الرجل يتصدق على ولده بصدقة وهم صغار ، أله أن يرجع فيها قال : لا ، الصدقة لله » والتقريب فيها أن ادخال الغير نوع من الرجوع فيها ، وفيه ما فيه .

ومما تدل على القول الآخر صحيحة علي بن يقطين الأخرى (٢) قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ، ثم يبدوله بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده ، قال : لابأس بذلك » .

ورواية محمدبن سهل عن أبيه (٣) « قال : سألت أباالحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدوله بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده ؟ قال : لابأس به » .

وصحيحة عبدالرحمن بن الحجاج (٤) « عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يجعل لولده شيئا وهم صغار ثم يبدوله أن يجعل معهم غيرهم من ولده ؟ قال : لابأس » .

ومارواه في كتاب قرب الأسناد عن عبدالله بن الحسن (٥) عن علي بن جعفر « عن أخيه موسى عليه السلام قال : سألته عن رجل تصدق على ولده بصدقة ثم بداله أن يدخل غيره فيه مع ولده أيصلح ذلك ؟ قال : نعم ، يصنع الوالد بمال ولده ما أحب » .

وأنت خبير بأن ايراد الأصحاب هذه الأخبار في هذا المقام دليل على فهمهم

---

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٣٧ ح ٢٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٨ ح ٢ .
(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٣٧ ح ٢٢ .
(٣) و (٤) التهذيب ج ٩ ص ١٣٦ ح ٢١ و ص ١٣٥ ح ١٩ .
(٥) قرب الاسناد ص ١١٩ ، وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٠١ ح ١ و ٢ و ٣ و ص ٣٠٢ ح ٥ .

الوقف من اطلاق الصدقة ، ويؤيده ما قدمناه من الأخبار الظاهرة في أن الصدقة في الصدر الأول إنما هي بمعنى الوقف ، واستعمالها في هذا المعنى المشهور بين الفقهاء إنما هو محدث ، وهي بهذا المعنى إنما تدخل في النحل والهبة ، كما في زمنه (صلى الله عليه وآله) .

بقي الكلام في الجمع بين هذه الأخبار ، وهو لا يخلو من الاشكال ، الا أنه يمكن أن يقال : ان رواية جميل فالظاهر أنه لادلالة فيها على ما نحن فيه ، ولا تعلق لها به ، إذ المتبادر من الرجوع في الصدقة إنما اخراجها عما فعله ، وجعلها ملكاً ، كما كان أولا ، فلا يكون من محل البحث في شيء ، وكذا صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج ، فانها غير صريحة بل ولا ظاهرة في محل البحث ، لأن جعله لولده أعم من أن يكون بطريق لازم ، أم لا كالوصية به ، أو الصدقة مع عدم القربة ، فيمكن حمله على أحد الوجهين المذكورين ، ولا يكون من محل البحث في شيء .

وأما صحيحة علي بن يقطين الاولى ، فهي معارضة بصحيحة الثانية ، وجمع بينهما في المسالك بأمرين أحدهما حمل الصحيحة الأولى على ما إذا قصر الوقف على الأولين ، كما ذكره القاضي ابن البراج فيما قدمنا من نقل عبارته ، ويشعر به قوله بعد أن أبانهم ، فتحمل الثانية على ما لو لم يشترط ذلك كما يدل عليه اطلاقه، وثانيهما حمل النفي في الأولى على الكراهة ، ثم قال : وكلاهما متجه ، الا أن الأول من التأويلين أوجه .

أقول : الذي يخطر ببالي العليل ويختلج بفكري الكليل إن ما ذكره من التأويل الأول الذي استوجهه وجعل عليه المعول لا يخلو من خدش ، وذلك فانه متى حمل الخبر على ما ذكره من قصر الوقف على الأولين ، مع أنه عليه السلام قال : في الجواب ليس له ذلك الا أن يشترط أن من ولده فهو مثل من تصدق عليه ، فاللازم من ذلك هو عدم التعرض لحكم الاطلاق في الرواية ، مع أنه محل البحث،

وموضع الخلاف المحتاج إلى الدليل ، لأن حاصل معنى الخبر على ما ذكره أنه متى قصر الوقف على الأولين فليس له أن يدخل معهم غيرهم إلا أن يشترط الادخال ، يعني بأن لا يقصره عليهم ويشترط ، فيكون الاستثناء منقطعاً ، فالمعلوم منه إنما هو حكم مالو قصره عليهم ، فانه لايجوز الادخال ، وحكم مالو اشترط فانه يجوز الادخال ، والحكمان مما لاخلاف فيهما ولا اشكال ، وأما لو لم يقصر الحكم عليهم ولا اشترط الادخال فحكمه غير معلوم من الخبر ، وهو محل البحث كما عرفت ، ومحتاج إلى الاستدلال .

وما ذكره (قدس سره) معنى قريب في الخبر ، الا أنه يخرج به عن محل البحث كما عرفت ، وتبقى صحيحته الأخرى خالية من المعارض ، فان ظاهرها الاطلاق ، بمعنى أنه تصدق ولم يقصر ولم يشترط وقد أجاب عليه السلام بأنه لابأس بالادخال ، والحال هذه ونحوها الروايات الأخر ، وعلى هذا يبقى القول المشهور عارياً عن الدليل ، لأن دليله كما عرفت منحصر في الروايتين المذكورتين ، وهما صحيحة علي بن يقطين الاولى ، ورواية جميل ، وقد عرفت مافيهما .

ومنه يظهر قوة قول الشيخ في النهاية ، لدلالة الروايات الباقية عليه ، الا أنه يبقي الاشكال في هذا القول ، ورواياته ، فان مقتضى الوقف اللزوم ، حيث أنه من العقود اللازمة متى تمت شرائطه ، وقضية اللزوم تمنع جواز الادخال ، ولهذا حمل الشيخ وغيره خبر محمد بن سهل عن أبيه على عدم القبض ، وهذا الحمل يجري أيضاً في صحيحة علي بن يقطين الثانية ، ورواية قرب الاسناد ، وأما رواية عبدالرحمن بن الحجاج المذكورة في عداد هذه الأخبار فقد عرفت مافيها ، وعلى هذا فيمكن حمل صحيحة علي بن يقطين الاولى على ما إذا أقبضهم ، ولعل المراد بالابانة في الخبر المذكور ذلك ، بمعنى أنه متى أبانهم بالوقف وأقبضهم اياه فليس له الادخال إلا مع الشرط في أصل العقد ، وعلى هذا تجتمع الأخبار المذكورة .

وبالجملة فالمسئلة غير خالية من الاشكال ، وان كان القول المشهور هو الأوفق بالقواعد الشرعية ، من حيث اقتضائها لزوم الوقف بالعقد ، وأما الاستدلال على ذلك بشيء من هذه الأخبار ففيه ما عرفت من تعدد الأحتمال في الصحيحة التي هي أظهرما استدل به على القول المذكور ، وأما غيرها فقد عرفت مافيه ، وغاية ما استدل به العلامة في المختلف لذلك قول العسكرى عليه‌السلام المتقدم ، وقد تقدم مافيه ، ورواية جميل المتقدمة ، وقد عرفت مافيها ، والله العالم .

المطلب الثالث في شرائط الموقوف :

يشترط فيه أن يكون عيناً مملوكة ، يصح الانتفاع بها مع بقائها ، ويصح اقباضها ، والكلام هنا في مواضع :

الاول : أن يكون عيناً ، والمراد بالعين ما لم يكن ديناً ولا منفعة ولا مبهماً ، لأن العين تطلق في مقابلة كل من هذه الثلاثة ، فأما الوجه في عدم صحة وقف الدين ، فلأن الوقف كما تقدم عبارة عن تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة ، وذلك يقتضى أمراً موجوداً في الخارج يحكم عليه بذلك والدين في الذمة أمر كلي لاوجود له في الخارج ، فيكون وقفه قبل التعيين من قبيل وقف المعدوم ، ومن ثم منعوا من جواز هبة الدين لغير من هو عليه لذلك ، كذا قالوا والأظهر في تعليل ذلك انما هو ما تقدمت الاشارة اليه سابقاً من أن الوقف يقتضى نقل الوقف الى الموقوف عليه ، فيجب الوقوف فيه على ما علم من الشارع كونه ناقلا ، وما علم كونه قابلاً للانتقال بذلك ، ولم يعلم من الأخبار تعلّق الوقف بالديون ونقلها به ، والأصل العدم الى أن يثبت الدليل على ذلك ، وإنما علم منه العين خاصة ، وأما الوجه في عدم جواز وقف المنفعة فعلّل بأن وقفها مناف للغاية المطلوبة من الموقوف ، وهي الانتفاع بها مع بقاء عينها ، والانتفاع بالمنفعة يستلزم استهلاكها شيئاً فشيئاً ، ولجواز التصرف في العين ، لأنها لم يتعلّق

بها الوقف ، فتتبعها المنفعة فيفوت الغرض من الوقف ، والأظهر عندى في الاستدلال هو ما تقدم ذكره ،

وأما الوجه في عدم الجواز في وقف المبهم سواء استند الى معيّن كفرس من هذه الأفراس ، أم الى غير معيّن كفرس بقول مطلق فلأن مرجع ذلك الى أمر كلي غير موجود في الخارج كما تقدم في الدين ، وانما يتعين بالتعيين ، والأظهر هنا أيضاً هو الرجوع الى الدليل المتقدم ، وانما صرنا الى مخالفة الأصحاب في هذه الأبواب فيما هنا وما سلف في غير باب ، لما عرفت من أن الأحكام الشرعية لاتبنى على مثل هذه التعليلات العقلية ، وانما تبنى على الأدلة الشرعية وأصالة العدم قاعدة كلية واضحة جلية ، لانزاع فيها ولا شبهة تعتريها ، إذ لا تكليف إلا بعد البيان ، ولا مؤاخذة إلا بعد اقامة البرهان كما هو مسلّم بين جملة العلماء الأعيان ، فالعلّة في الجميع انما هو ماذكرناه ، ويخرج ماذكروه من التعليلات شاهداً و وجهاً لما ذكرناه .

الثاني : أن تكون مملوكة وهو اما بمعنى صحة تملكها بالنظر الى الواقف فما لا يصح تملكه لا يصح وقفه ، فلا يصح وقف الحر و لو رضى بذلك ، ولا يصح وقف الخمر والخنزير من المسلم على مسلم أو كافر ، ويصح من الكافر على مثله كما صرحوا به ، ويصح وقف الكلب المملوك ، قال في المسالك : والمراد بالمملوك أحد الكلاب السبعة .

أقول : لا أعرف من الكلاب المذكورة سوى كلب الصيد ، و كلب الماشية و كلب الزرع ، و كلب الحائط ، و كلب الدار ، هذا هو المصرح به في كلامهم ، وقد تقدم في المقدمة الثالثة من المقدمات المذكورة في صدر كتاب التجارة (١) تحقيق مايملك وما لايملك منها ، وبيّنا هنا أن المستفاد من الأخبار هو بيع كلب الصيد خاصة ، ولهم فيما عداه اختلاف وأقوال قد قدمنا نقلها ثمة .

---

(١) ج ١٨ ص ٧٩ .

وبما ذكرنا يظهر أنه لايجوز وقف شيء من الكلاب إلا كلب الصيد لأنها غيرمملوكة ، والذى ثبت تملكه منها انما هوهذا الفرد خاصة ، ومجرد أن لها منفعة لايكفي في صحة وقفها مع كونها غيرمملوكة ، ولو صح تملكها لصح بيعها فكما امتنع البيع لعدم دخولها في الملك امتنــع الوقف لذلك ، وقد عرفت أن المعلوم من الأخبار هوبيــع الصيد بخصوصه .

وأما بمعنى كونه ملكاً للواقف بالفعل فلو لم يكن كذلك لم يصح وقفه ، وعلى هذا لايصح الوقف فضولاً وان أجاز المالك كما هو أحد القولين في المسئلة وقيل : يصح باجازة المالك ، وتوقف في التذكرة والدروس .

وكلماتهم في هذا المقام عليلة لا تصلـح لتأسيس الأحكام ، وقد عرفت في كتاب البيع (١) بطلان التصرف الفضولي بيعاً كان أو وقفاً أو غيرهما ، لأنه تصرف في مال الغير بغير اذنه وهو قبيح عقلاً ونقلاً ، وقد مرّت الروايات المصرحة بذلك .

وقال شيخنا الشهيد الثاني في الروضة : ان أريد بالمملوكية صلاحيتها بالنظر الى الواقف ، فهو شرط الصحة ، وان أريد به المالك الفعلـي فهو شرط اللزوم ، والأولى أن يراد به الأعم ، انتهى ملخصاً .

أقول : هذا التفصيل مبني على مذهبه ، وقوله بصحة العقد الفضولي ، وأما على ما اخترناه من القول ببطلانه فالأمر واحد ، وهو أنه شرط في الصحة في كلا الاحتمالين وما ذكره من أن الأولى أن يكون المراد به الأعم جيد ، اذ كما لايصح بالنسبة الى مالا يصح تملكه ، كذا لايصـح بالنسبة الى مالا يملكه بالفعل .

الثالث : أن يصح الانتفاع بها مع بقائها ، ولاريب أنه يجب أن يكــون لذلك العين نفع محلل مع بقائها فلو وقف مالانفع فيه بالكلّية ، أوكان الانتفاع به محرماً ، أوكان الانتفاع موجباً لذهاب عينه كالخبز والفاكهة والطعام بطل ، ولايشترط في الانتفاع كونه في الحال : فيصح وقف العبد الصغير والدابة الصغيرة ،

(١) ج ١٨ ص ٣٧٧ .

ولا يشترط كون العين مما تبقى مؤبداً فيصح وقف العبد والثوب وأثاث البيت والقفار ، وضابطه ماعرفت من أنه ما يصح الانتفاع به منفعة محللة مع بقائه ، والتأبيد المشترط في الوقف إنما هو بمعنى دوامه بدوام وجود العين الموقوفة .

الرابع : أنه لابد من اقباضها لما تقدم من أن شرط صحة الوقف القبض ، فلو لم يحصل القبض بطل ، فلايجوز وقف الآبق ، ونحوه البعير الشارد ، قيل : ويشكل بأن القبض المعتبر في صحة الوقف ليس بفوري ، وحينئذ فلامانع من وقوع الصيغة صحيحة ، وصحة الوقف مراعاة بقبضه بعد ذلك وان طال الزمان ، فان تعذر بطل ، وهذا بخلاف البيع ، فانه معارضة من الجانبين ، وشرطه امكان تسليم العوضين في الحال بالنص ، فلايتعدى الى غيره ، للأصل ، ولوقدر الموقوف عليه على تحصيله فالأولى الصحة ، لزوال المانع ولاعبرة بالضميمة هنا ، لأن شرط الوقف القبض ، ولايكفي قبض بعض الموقوف ، وهوهنا الضميمة عن الباقي ، وعلى هذا فبين حكم البيع والوقف بالنسبة الى الآبق عموم وخصوص من وجه ، انتهى وهو جيد .

الخامس : هل يجوز وقف الدنانير والدراهم أم لا ؟ قولان : مبنيان على وجود المنفعة لهما مع بقاء عينهما وعدمه ، ونقل في المبسوط الاجماع على المنع من وقفهما إلا من شذ ، وقد تقدم تحقيق البحث في ذلك في كتاب العارية (١) وأوضحنا فيه بالأخبار الواردة عنهم عليهم السلام حصول المنافع منهما مع بقاء عينهما ، فليرجع اليه من أحب الوقوف عليه والله العالم .

الحاق :

الظاهر أنه لا خلاف ولا اشكال في صحة وقف المشاع كغيره مما كان متميزاً ، والقبض موقوف على اذن الواقف والشريك ، وتدل على ذلك جملة من

(١) ج ٢١ ص ٥٠٧ .

الأخبار وان كانت بلفظ الصدقة ، لما عرفت آنفاً من التعبير بهذا اللفظ عن الوقف وأن أكثر استعماله قديماً انما هو في هذا المعنى .

ومنها صحيحة الحلبي (١) « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن دار لـم تقسم فتصدق بعض أهل الدار بنصيبه من الدار ؟ قال : يجوز ، قلت : أرأيت ان كان هبة ؟ قال : يجـوز » .

ورواية أبي بصير (٢) « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن صدقة مالم تقسم ولم تقبض ؟ فقال : جائـزة إنما أراد الناس النحل فأخطأوا » .

قوله صدقة مالـم تقسم ولم تقبض » يعنى ماكان مشتركاً قبـل القسمة ، أو اشتراه مثلاً ولم يقبضه ، أو لم يقبضه بعدالقسمة ، وأما قوله « وانما أراد الناس الى آخره » فهو لا يخلو من خفاء وغموض ، واحتمل فيه بعض الأصحاب احتمالات بعيدة ، الا أنه من المحتمل قريباً بمعونة ما قد مناه في الأمر التاسع من المسئلة الثالثة أن المراد انما أراد الناس من لفظ الصدقة في مثل صدقة الدار النحلة والهبة أخطأوا في ذلك ، بل المراد به الوقف ، كما يشير اليه قوله عليه السلام فيما قدمنا أن الصدقة محدثة ، انما كانت النحلة والهبة وتسمية بعض أفرادها ، هوماكان مقروناً بالقربة صدقة ، محدث من العامة ، وانما الصدقة معنى الوقف .

ومنه يعلم أن التقسيم الذي ذكره أصحابنا هنا من الوقف والصدقة والهبة ، انما هو من العامة تبعهم فيه الأصحاب ، والا فليس الا الوقف المعبر عنه بالصدقة في أخبار هذا الباب والنحلة والهبة ، وهذه الصدقة التي جعلوها قسيماً هنا انما هي من جمـلة أفراد النحل والهبـات .

وما ذكرناه وان لم يوافق كلامهم (رضوان الله عليهم) إلا أنه ظاهر الأخبار المذكورة ، وعسى يأتي له مزيد تحقيق انشاء الله تعالى في باب الهبـة والنحلة .

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ٣٤ ح ٢٤ و ص ٣١ ح ٦ ، التهذيب ج ٩ ص ١٣٣ ح ١١ و ص ١٣٥ ح ١٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٩ ح ١ و ٢ .

ومنها رواية زرارة (١) عن أبي جعفر عليه السلام قال : في الرجل يتصدق بالصدقة المشتركة قال : جائز » ورواية الفضل بن عبدالملك (٢) « عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل تصدق بنصيب له في دار على رجل قال : جائز وان لم يعلم ماهو ، والله العالم .

المطلب الرابع في شرائط الواقف :

والمشهور أنه يعتبر فيه البلوغ والعقل ، وجواز التصرف ، والكلام هنا يقع في موضعين : أحدهما ـ في وقف من بلغ عشراً ، وفيه قولان : استدل على الصحة برواية زرارة (٣) عن أبي جعفر عليه السلام قال : إذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما أعتق ، وتصدق وأوصى على حد معروف وحق فهو جائز » .

والظاهر أن معنى آخر للحديث أن كل ماصنع على وجه المعروف ، فهو جائز .

والرواية وان كان موردها الصدقة ، الا أن الشيخ وجماعة عدوه إلى الوقف نظراً إلى أنه بعض أفراد الصدقة بالمعنى الاعم .

أقول : ظاهر الخبر كما عرفت أن كل ما صنع على وجه المعروف فهو جائز ، وحينئذ فيدخل فيه الوقف كما عرفت ، ويؤيد الرواية المذكورة موثقة جميل بن دراج (٤) عن أحدهما عليه السلام قال يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل وصدقته ، ووصيته وان لم يحتلم .

وموثقة الحلبي ومحمد بن مسلم (٥) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سئل عن صدقة الغلام مالم يحتلم قال : نعم إذا وضعها في موضع الصدقة » .

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٤ ح ٢٦ ، التهذيب ج ٩ ص ١٣٧ ح ٢٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٩ ح ٤ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٥٢ ح ٦٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٩ ح ٣ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٢٨ ح ١ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٥ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢١ ح ١ .

(٤) التهذيب ج ٩ ص ١٨٢ ح ٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢١ ح ٢

(٥) التهذيب ج ٩ ص ١٨٢ ح ٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢١ ح ٣

قال المحقق في الشرايع وفي وقف من بلغ عشراً تردد ، والمروي جواز صدقته ، والاولى المنع ، لتوقف رفع الحجر على البلوغ والرشد ، وقال في المسالك بعد ايراد رواية زرارة وقريب منها رواية سماعة : ومثل هذه الأخبار الشاذة المخالفة لاصول المذهب ، بل واجماع المسلمين ، لاتصلح لتأسيس هذا الحكم .

أقول : يمكن أن يقال : ان مادل على الحجر قبل البلوغ والرشد وهو المشار إليه في كلامه في المسالك بأصول المذهب مخصص بهذه الأخبار التي ذكرناها ، ونحوها غيرها مما ورد في الوصية ، كرواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله (١) « قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : « وإذا بلغ عشرسنين جازت وصيته » وفي معناها روايات عديدة في الوصية ، ونسبة جميع هذه الروايات إلى الشذوذ بعيد جداً .

نعم لو كانت المخالفة منحصرة فيما نقله من الروايات لأمكن ماذكره ، إلا أنك قد عرفت كثرة الأخبار بما يوجب الخروج عن تلك الأصول المذكورة ، فيجب التخصيص ، ولوأنه ناقش بعدم صراحة الرواية في الوقف كما هو المدعى كان كلامه أقرب إلى القبول ، الا أنك قد عرفت أن اطلاق الصدقة على الوقف شايع ، ذايع في الأخبار ، بل هو الأصل في الاطلاق ، وانما الاطلاق على ماذكروه مستحدث وبما ذكرنا تظهر قوة ماذهب إليه الشيخ وأتباعه في هذه المسئلة ، والله العالم .

وثانيهما ـ أنه صرح الأصحاب من غير خلاف يعرف بأنه يجوز للواقف أن يجعل النظر لنفسه في الوقف ولغيره أيضاً ، ولو لم يعين كان النظر إلى الواقف ، أو الموقوف عليه ان قلنا بانتقال الملك إليه ، والا فإلى الحاكم الشرعي ، والذي تدل على الاول الأخبار الدالة على وجوب الوفاء بالشروط الا ما حلل حراماً أوحرم حلالاً (٢) « وعلى الثاني ـ مضافاً إلى عموم مادل على وجوب الوفاء

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٨١ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٩ ح ٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٦٩ ح ١ وص ٤٠٤ ح ٩ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٢ ح ١٠ وص ٤٦٧ ح ٨٠ ، الوسائل ج ١٢ ص ٣٥٣ ح ٥ .

بالشروط ـ خصوص التوقيع الخارج من الناحية المقدسة (١) كما تقدم ، « وفيه وأما ماسألت من أمر الرجل الذي يجعل لناحيتنا ضيعة يسلمها من قد يقوم بها ويعمرها ويؤدي من دخلها خراجها ومؤنتها ويجعل ما يبقي من الدخل لناحيتنا فإن ذلك لمن جعله صاحب الضيعة قيماً عليها إنما لايجوز ذلك لغيره » الحديث .

ويدل على ذلك خبر صدقة فاطمة عليها السلام بحوائطها حيث جعلت النظر فيه لعلي عليه السلام ثم الحسن ثم الحسين عليهما السلام ثم الأكبر من ولدها روى في الكافي والفقيه والتهذيب عن أبي بصير(٢) وهو ليث المرادي بقرينة عاصم بن حميد عنه ، فيكون الخبر صحيحاً .

قال : قال ابو جعفر عليه السلام : ألا أقرئك وصية فاطمه عليها السلام ؟ قال : قلت : بلى ، قال : فأخرج حقاً أو سفطاً فاخرج منه كتاباً فقرأه : بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما اوصت به فاطمة بنت محمد رسول الله صلى الله عليه وآله أوصت بحوائطها السبعة : العواف ، والدلال ، والبرقة ، والميثب ، والحسنى ، والصافية ، وما لأم ابراهيم إلى علي بن ابي طالب عليه السلام فإن مضى علي فإلى الحسن فان مضى الحسن فإلى الحسين فإن مضى الحسين فإلى الأكبر من ولدى ـ شهد الله على ذلك ، والمقداد بن الأسود ، والزبير بن العوام وكتب علي بن أبيطالب عليه السلام .

وقد تقدم ما يدل أن هذه الحوائط كانت وقفاً (٣) ، وكان رسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلّم) يأخذ منها ماينفق على أضيافه ، وأن العباس خاصم فاطمة عليها السلام فيها بعد موته ، فشهد علي عليه السلام وغيره أنها كانت وقفاً على فاطمة .

ومنها حديث وقف علي عليه السلام أمواله التي له في ينبع (٤) وقد تقدم شطر منه

(١) الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٠ ح ٨ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٨ ح ٥ و ص ٤٩ ح ٦ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٤ ح ٥٠ الفقيه ج ٤ ص ١٨٠ ح ١٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣١١ ح ١ .

(٣) و (٤) الكافي ج ٧ ص ٤٧ ح ١ و ص ٤٨ ح ٧ التهذيب ج ٩ ص ١٤٥ ح ٥١ و ص ١٤٦ ح ٥٥ ، وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣١١ ح ٢ و ص ٣١٢ ح ٤ .

« وفيه أنه يقوم على ذلك الحسن عليه السلام يأكل منه بالمعروف ، ثم ذكر بعده الحسين عليه السلام ثم من بعده الى من يختاره الحسين عليه السلام ويثق به الحديث ملخصاً » .

ومنها صدقة الكاظم (١) عليه السلام بأرضه ، وقد جعل الولاية فيها الى الرضا عليه السلام وابنه إبراهيم ثم على من بعدهم على الترتيب المذكور في الخبر ، هذا كله مع الشرط لنفسه أو لغيره .

وأما لو لم يعين فإنه يبنى القول في ذلك هنا على أنه هل ينتقل الوقف عن الواقف بالوقف أم لا ؟ وعلى الأول فهل ينتقل الى الموقوف عليه مطلقا ، أو لله سبحانه مطلقا ، أو للموقوف عليه ان كان على جهة عامة ؟ وعلى الأول والثالث فالنظر لكل منهما ، وعلى الثاني والرابع فالنظر للحاكم ، حيث لا يوجد الخاص ويصير الواقف في ذلك كالأجنبي ، وسيأتي الكلام في تحقيق المسئلة المذكورة ان شاء الله تعالى .

بقي في المسئلة أمور يجب التنبيه عليها ، الاول ـ متى قلنا ان النظر للواقف ابتداءً أو مع شرطه ، فهل تشترط عدالته أم لا ؟ ظاهر الأصحاب الثاني ، وبه قطع في التذكرة مع احتمال اشتراطها ، لخروجه بالوقف عن الملك ، ومساواته لغيره ، فلابد من اعتبار العدالة في التولية ، كما تعتبر في غيره .

وعلّل العدم بأنه انما نقل ملكه عن نفسه على هذا الوجه ، فيتبع شرطه والمسئلة محل توقف لعدم النص ، أما بالنسبة إلى غيره ممن شرطه في العقد أم لم يشترطه فلابد من العدالة فيه ، لا أعرف خلافا فيه ، ويدل عليه ما في خبر صدقة أمير المؤمنين (٢) عليه السلام بماله الذي في ينبع حيث قال في آخره بعد ذكر الحسن والحسين عليهما السلام كما قدمنا الاشارة اليه ، قال فان حدث بحسن وحسين حدث فان

(١) الكافي ج ٧ ص ٥٣ ح ٨ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٩ ح ٥٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٤ ح ٥ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٩ ح ٧ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٦ ح ٥٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٢ ح ٤ .

الآخر منهما ينظر في بني علي ، فان وجد فيهم من يرضى بهديه واسلامه وأمانته ، فانه يجعله اليه ان شاء ، وان لم ير فيهم بعض الذي يريد فانه يجعله الى رجل من آل أبي طالب يرضى به ، فان وجد آل أبي طالب قد ذهب كبرائهم ، وذووا آرائهم فانه يجعله الى رجل يرضاه من بني هاشم » الحديث .

قالوا : فان لم يكن عدلاً أو خرج عنها خرج عن النظر ، وكان الحكم كمالو أطلق ، ولو عادت العدالة عاد الى النظر ان كان مشروطاً من الواقف ، وإلا فلا ، قالوا : ويشترط فيه مضافاً الى ذلك الأهتداء الى كيفية التصرف كما يعتبر ذلك في الوصي .

الثاني ـ قد عرفت أنه متى صرح بالنظر للغير صح إلا أنه لايجب على ذلك الغير القبول ، ولو قبل لم يجب عليه الاستمرار ، لأنه في معنى التوكيل ، كذا صرح به في الدروس .

أقول : كما يحتمل أنه في معنى الوكالة فيترتب عليه ماذكره ، كذلك يحتمل أنه في معنى الوصية فيجب عليه الاعلام بعدم القبول ، وإلا لزمه القيام بذلك ويمكن ترجيح الأول بأن الأصل عدم الوجوب ، واذا كان الأصل عدم وجوب القبول عليه ابتداء استصحب الحكم في عدم الأستدامة ، فلايجب عليه الأستمرار استصحاباً للأصل المذكور ، فاذارد صار كما لاناظر له ابتداء فيتولاه الحاكم أو الموقوف عليه ان قلنا بالانتقال اليه ، وكيف كان فالحكم لا يخلو من شوب التردد .

الثالث ـ الناظر من قبل الواقف على قسمين أحدهما ـ أن يكون مشروطاً في العقد ، واذا كان كذلك فانه لايجوز للواقف عزله ، عملاً بوجوب الوفاء بالشروط الا أن يظهر ما يوجب عزله .

وثانيهما ـ ما لم يكن كذلك ، بأن نصبه بعد العقد بالنظر المتناول فانه يجوز عزله متى شاء ، لانه حينئذ في حكم الوكيل الذي يجوز عزله بعد الوكالة متى أراد .

الرابع ـ لو شرط للناظر شيئاً من الريع صح وكان ذلك اجرة عمله ليس له أزيد منه وان كان أقل من الأجرة وان أطلق فله مثل أجرة عمله .

أقول : ان أريد بالا طلاق هو عدم ذكر شيء معين ، مع ذكر ما يوجب ان له أجرة ، فما ذكروه جيد ، وان أريد وقوع العقد خالياً من التعرض لذلك نفياً ولا اثباتاً فما ذكروه مشكل ، لأن الوقف قد انتقل بالعقد إلى من عينه الواقف من الموقوف عليه ، واخراج شيء منه يحتاج الى دليل ، وليس في العقد مايدل على ذلك كما هو المفروض ، والنصوص الدالة على جواز جعل الواقف ناظراً للوقف خالية من ذلك ، والظاهر أن الناظر انما رضي بذلك مجاناً فلا يستحق أجرة .

الخامس ـ قد صرحوا بأن وظيفة الناظر في الوقف العمارة له أولاً ، وتحصيل الريع وقسمته على المستحق ، وحفظ الأصل والغلة ، ونحو ذلك من مصالحه .

أقول : وقد صرح بذلك في التوقيع المتقدم ذكره وهو المفهوم من اطلاق باقي الأخبار ، ومقتضاه انه لا يجوز التصرف في شيء من الأعمال المذكورة ، ولا في الغلة الا باذنه ، ولو كان التصرف من الموقوف عليه وهو مقتضى اطلاق كلام الأصحاب أيضاً .

قال في المسالك : وفيه اشكال ، من وجهين : أحدهما ـ مالو كان الموقوف عليه متحداً ، اما ابتداءً أو لاتفاق ذلك في بعض الطبقات ، فانه مختص بالغلة ، فتوقف تصرفه على اذن الناظر بعيد ، لعدم الفائدة خصوصاً مع تحقق صرفها اليه بان تكون فاضلة عن العمارة وغيرها مما يقدم على القسمة يقيناً ، نعم لو أشكل الحال توقف على اذنه قطعاً ، لاحتمال أن يحتاج اليها أو الى بعضها في الامور المتقدمة على اختصاص الموقوف عليه .

أقول : يمكن الجواب عن ذلك بأنه لا عموم في الأمرين المتقدمين على وجه يشمل ما ذكره من هذه الصورة ، فان الظاهر من نصب الناظر انما هو فيما يحتاج الى النظر والعمل ، مثل التعمير ودفع الخراج ، وقسمة الحاصل بين أربابه

ونحو ذلك ، لامطلقا بحيث يشمل مطلق التصرف ، وإلا لأدى ذلك الى انه لايجوز لأحد من الموقوف عليه بعد القسمة وتميز حصته ، التصرف فيها إلا باذنه ، مع أنه ليس كذلك اتفاقاً .

وبالجملة فان حكم الغلة فيما فرضه ، حكمها فيما لوقسمها الناظر وميزه فكما أنها اختصت بصاحبها في صورة القسمة ، كذلك في صورة الاتحاد ، ثم قال (قدس سره) : وثانيهما ـ الأوقاف العامة على المسلمين ، ونحوهم التي يريد الواقف انتفاع كل من الموقوف عليه بالثمرة إذا مرّ بها ، كأشجار الثمار ، فان مقتضى القاعدة أيضاً عدم جواز تصرف أحد منهم في شيء منه ، الا بإذن الحاكم ، ولايخلو من اشكال وتفويت لكثير من أغراض الواقف ، بل ربما دلت القرينة هنا على عدم ارادة الواقف النظر على هذا الوجه ، بل يريد تفويض الانتفاع إلى كل واحد من أفراد تلك الجهة العامة ، فكأنه في قوة جعل النظر إليه ، لكن هذا كله لايدفع الاشكال ، لما تقدم من أنه بعد الوقف حيث لايشترط النظر لأحد يصير كالأجنبى ، وينتقل الحكم إلى الحاكم ، فلاعبرة بقصده خلاف ذلك حيث لايوافق القواعد الشرعية ، وجعل مثل هذا الاطلاق نظراً لكل واحد في حيز المنع .

وبالجملة فهذه القواعد الشرعية المتفق عليها لاتدفع . بمثل هذا الخيال ، وينبغي أن يقال : ان المتصرف على هذا الوجه يأثم خاصة ، ويملك حيث لايجب صرف الثمرة في الأمور المتقدمة على صرفها إلى الموقوف عليه ، وكذا القول في تصرف الموقوف عليه المتحد .

أما المتعدد فلا ، لأن قسمتها وتميز حق كل واحد من الشركاء يتوقف على الناظر ، وحينئذ فيكون كالتصرف في المال المشترك بغير إذن الشريك ، فيستقر في ذمته حصة الشريك من ذلك ، ولم أقف في هذه الأحكام للأصحاب على شيء ، فينبغي تحرير النظر فيه ، انتهى .

أقول · ويمكن الجواب أيضاً بما قدمنا في سابقه ، فانه متى كان الأمر

كما ذكره من أن الغرض من وقفه على المسلمين انتفاع كل من الموقوف عليه بالثمرة إذا مر بها ، فانا لانسلم دخوله تحت القاعدة المذكورة ، لأن ذلك في قوة قوله من شاء أن يأكل من هذه الثمرة ، فهو مأذون ، ومع تسليم التوقف على إذن الحاكم ، فالواجب على الحاكم أيضا أن يأذن إذناً عاماً على حسب ارادة الواقف ومطلوبه ، فلايتوقف كل فرد فرد من أفراد تلك الجهة الموقوف عليها إلى إذن خاص ، كما ظنه (قدس سره) .

ويؤيد ما قلناه قوله «بل ربما دلت القرينة على عدم ارادة الواقف النظر على هذا الوجه إلى آخره » وجوابه عن ذلك بأنه لاعبرة بقصد الواقف ذلك بعد رجوع الأمر إلى الحاكم ، حيث انه يصير مع عدم الاشتراط كالأجنبي فلا عبرة بقصده خلاف مايقتضيه نظر الحاكم ، مردود ، بأنّا نجعل هذا القصد من الواقف قرينة على عدم دخول هذا الفرد في الاطلاق ، بمعنى استثنائه من ذلك ، فلايرجع إليه في هذه الصورة ، على أن ما ذكره من أنه بعد الوقف حيث لايشترط النظر لأحد كالأجنبي ، وينتقل الحكم إلى الحاكم ، فلاعبرة بقصده خلاف ذلك ، محل منع وكيف لا ، والعقود تابعة للقصود ، ومقتضى القواعد الشرعية هو الوقوف على ما علم منه من القصد صريحاً أو بقرينة أو نحو ذلك وكونه أجنبياً بعد العقد لايوجب الخروج عما عينه وقصده ، وإنما المراد منه ليس له بعد العقد إحداث شيء على خلاف مادل عليه العقد ، والنظر الذي انتقل إلى الحاكم الشرعي إنما هو على حسب مادل عليه العقد ، ولايجوز له الخروج عن مقتضاه ، وهو قد فرض في صورة الاشكال أنه وبما دلت القرينة هنا على عدم ارادة الواقف النظر على هذا الوجه ، بل يريد تفويض الانتفاع إلى كل واحد من أفراد تلك الجهة العامة إلى آخره .

وحينئذ فإنه متى كان الأمر كذلك فلا ريب أنه في قوة التقييد للوقف بما ذكر ، والتصريح به ، فكيف تجوز مخالفته والخروج عنه ، ويكون الخروج عنه موافقاً للقواعد الشرعية ، بل الوقوف عليه هو مقتضى القواعد الشرعية ،

والخروج عنه على خلافها ، فتأمله بعين البصيرة ، وتناوله بيد غير قصيرة ليظهر لك ما في الزوايا من الخبايا ، وكم ترك الاول للآخر كما هو المثل السائر ، وبذلك يظهر أنه لا اثم على الأخذ في الصورتين المذكورتين كما ظنه (قدس سره) ، والله العالم .

المطلب الخامس في شرائط الموقوف عليه :

ويشترط فيه أن يكون موجوداً وله أهلية التملك ، أو تابعاً لموجود كذلك ، وأمكن وجوده عادة ، وكان قابلاً للوقف .

فهنا مسائل : **الاولى** : الظاهر أنه لا خلاف في بطلان الوقف على المعدوم ابتداءً ، ولم أقف على نص في المقام ، الا أنه يمكن أن يقال : مضافا إلى ظاهر الاتفاق أن الوقف نقل للمنفعة البتة أو العين على أحد الأقوال إلى الموقوف عليه ، والمعدوم لا يصلح لذلك .

قالوا : وفي معناه الحمل أيضاً ، لأنه وان كان موجوداً الا أنه غير صالح للتملك مادام حملاً ، فان قيل : انه تصح الوصية له ، وهو نوع تمليك فالجواب الفرق بين الأمرين ، فان الوقف تمليك في الحال ، فلابد من قابلية الموقوف عليه للتملك ، والوصية تمليك في المستقبل ، فالتملك فيها مراعاً بوضعه حياً ، فلو مات قبل خروجه حياً بطلت ، ولم يرثها وارثه ، بخلاف مالو خرج حياً ولو لحظة ثم مات ، فانها يكون ميراثاً .

نعم لو ذكر المعدوم تبعاً لموجود كما لو وقف على أولاده الموجودين ، ومن سيوجد منهم صح بلا خلاف يعرف ، وكذا لو وقف على أولاده ومن سيتجدد منهم ، وهكذا ، أما لو كان التابع ممن لا يمكن وجوده ، كالميت أو لا يقبل الملك كالعبد بطل فيما يخصه ، ولو ذكر المعدوم أولاً ثم الموجود كان منقطع الاول ، وكذا نفسه أو الميت أو العبد ، ثم بعده الموجود ، وقد تقدم الكلام ، في ذلك في المسئلة الرابعة

من المطلب الثاني في شرائط الوقف (١) ونقل ما فيها من الخلاف محرراً محققاً ، فلاحاجة إلى اعادته ، ثم انه ينبغي أن يعلم أن عدم صحة الوقف على العبد إنما هو بناء على القول بأنه لايملك ، أولا يملك الا فاضل الضريبة مما لايدخله الوقف ، أما على القول بكونه يملك ، وان كان محجوراً عليه في التصرف ، فانه لامانع من الوقف عليه ، وبه صرح الأصحاب (رضي‌الله عنهم) أيضاً قيل : ولا ينصرف الوقف إلى مولاه ، لأنه غير مقصود في العقد ، والعقود بالقصود .

أقول : الظاهر أن هذا الكلام خرج في معرض الرد على بعض العامة ، حيث جوز الوقف على العبد ، وجعله مصروفاً إلى مولاه ، ولاريب في ضعفه ، لما عرفت من أن العقود تابعة للقصود ، ومولاه لم يقصد بالوقف عليه ، فمن أين ينصرف إليه .

تنبيه :

قد عرفت أن من جملة الشروط في الموقوف عليه أن يكون له أهلية التملك ، ويشكل ذلك بالوقف على المساجد والقناطر ونحوهما ، فانه مما لاخلاف فيه ، مع أن شيئاً منها غير قابل للتملك كما لايخفى ، والجواب ما صرح به الأصحاب من أن الوقف المذكور في التحقيق إنما هو وقف على المسلمين ، باعتبار بعض مصالحهم ، ولا ريب أنهم قابلون للتملك ، وغايته أنه وقف عليهم باعتبار مصلحة خاصة من مصالحهم ، فكأنه وقف عليهم بشرط صرفه في مصرف خاص ، ومصلحة خاصة ، ولا منافاة فيه .

وربما ظهر من الصدوق المنع من الوقف على المساجد ، لما روى في كتابه مرسلاً (٢) « قال : وسئل عليه‌السلام عن الوقوف على المساجد ، فقال : لا يجوز ، فان المجوس اوقفوا على بيوت النار » ، وروى فيه وفي التهذيب عن أبي الصحارى (٣)

(١) ص ١٥٥
(٢) الفقيه ج ١ ص ١٥٤ ح ٤٢ .
(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٥٠ ح ٥٨ ، الفقيه ج ٤ ص ١٨٥ ح ٢ .
وهما في الوسائل ج ٣ ص ٥٥٢ ح ١ و ٢ .

« عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال : قلت له :رجل اشترى داراً فبقيت عرصة فبناها بيت غلّة أيوقفه على المسجد؟ فقال : ان المجوس أوقفوا على بيت النار » .

والمستفاد من الخبرين تعليل المنع بالتشبه بالمجوس ، ولم يتعرض لنقل الخبرين المذكورين أحد من الأصحاب في هذا المقام ، فضلاً عن الجواب عنها ، ويمكن حملهما على الكراهة ، بناءً على أن المفهوم من الأخبار خفة المؤنة في المساجد ، لا كما هو المتعارف في هذه الأزمان من التكلفات الزائدة فيها ، كما لا يخفى ، والله العالم .

المسئلة الثانية : قد اختلف الأصحاب (رضي‌الله عنهم) في الوقف على الكافر وقد اضطرب كلامهم في هذا المقام ، فقيل : بالجواز مطلقا ، والمنقول عن الشيخين (عطر الله مرقديهما) أنهما منعا من وقف المسلم على الكافر ، إلا أن يكون من الأقارب سواء كان الأبوين أو غيرهما من ذوى الأرحام ، وبه قال أبو الصلاح وابن حمزة ، وعن سلار وابن البراج الحكم بالبطلان مطلقا وان كان من الابوين .

واضطرب كلام ابن ادريس فقال : يصح وقف المسلم على والديه الكافرين دون غيرهما من الأهل والقرابات وغيرهم ، لقوله تعالى(١) « وصاحبهما في الدنيا معروفاً » وأما غيرهما فلا يجوز وان كان قريباً ، لأن شرط الوقف القربة ، ولا يصح التقرب إلى الله تعالى بالوقف على الكافر ، ونسب كلام الشيخ في النهاية من صحة الوقف على الأقارب ، إلى أنه خبر واحد أورده بلفظه ايراداً لا اعتقاداً ، كما أورد غيره ، إلى أن قال : والأولى عندي أن جميع ذوى أرحامه من الكفار يجرون مجرى أبويه الكافرين في جواز الوقف عليهم ، لحثه (صلى الله عليه وآله وسلّم) بصلة الأرحام (٢) قال : وبهذا أفتى ، ثم أمر بلحظه وتأمّله ، ثم نقل بعد ذلك بكلام طويل عن الشيخ في الخلاف أنه يجوز الوقف على أهل الذمة إذا كانوا

(١) سورة لقمان ـ الاية ١٥ .

(٢) الكافي ج ٤ ص ١٠ ح ٣ ، الوسائل ج ٦ ص ٢٨٦ ح ٢ .

أقاربه ، ثم قال : وقد قلنا ما عندنا في هذه المسئلة أنه لايجوز الوقف على الكفرة الا أن يكون الكافر أحد الابوين ، لأن من صحة الوقف وشرطه نية القربة ، انتهى.

واضطرابه ظاهر ، وحينئذ ففي المسئلة أقوال أربعة : الأول ـ الجواز مطلقاً ، واستدل عليه بالعمومات ، مثل «الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها(١)» « ولكل كبد حراء أجر(٢) ، وقوله تعالى« لاينهيكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم بالمودة (٣) » .

الثاني ـ المنع ، واستدل عليه بقوله عز وجل « لاتجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آبائهم أو أبنائهم(٤) » الآية .

الثالث ـ تخصيص الجواز بالأرحام ، ومستنده الجمع بين ماذكر وبين الأخبار الدالة على وجوب صلة الأرحام (٥) .

والرابع ـ التخصيص بالأبوين ، ووجهه ما ذكر مضافاً إلى قوله تعالى « ووصينا الانسان بوالديه احسانا (٦) » وقوله « وصاحبهما في الدنيا معروفاً(٧)» فيجب الجمع بين الأدلة مما دل على المنع ، ومما دلت عليه هذه الأدلة بالتخصيص بالأبوين .

والمفهوم من كلام المتأخرين كالمحقق وغيره تقسيم الكافر إلى حربي وذمّي ،

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٧٦ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ١٢٩ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٧ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٤ ص ٥٧ ح ٢ و ص ٥٨ ح ٦ وفيه « أفضل الصدقة ابراد كبد حرى » الوسائل ج ٦ ص ٣٣٠ ح ٢ و ٥ و ص ٢٨٤ ح ٢ .

(٣) سورة الممتحنة ـ الاية ٨ .

(٤) سورة المجادلة ـ الاية ٢٢ .

(٥) الكافي ج ٤ ص ١٠ باب الصدقة على القرابة ، الوسائل ج ٦ ص ٢٨٦ الباب ٢٠ .

(٦) سورة الاحقاف ـ الاية ١٥ .

(٧) سورة لقمان ـ الاية ١٥ .

والقول في الأول بالمنع مطلقاً ، والخلاف في الثاني بهذه الأقوال الأربعة ، فمحل هذه الاقوال عندهم إنما هوالذمي .

ويشير إلىما ذكرنا أن المحقق في الشرايع قال : ولايقف المسلم على الحربي وان كان رحماً ، ويقف علىالذمي وان كان أجنبياً ، وشيخنا الشهيد الثاني في الشرح نقل الأقوال الأربعة في الذمي ، ثم قال : واعلم أنه لم يرد في عبارات المتقدمين الا الوقف علىالكافر غير المبسوط ، فانه صرح بالذمي ، ولعل مرادهم ذلك يعنىلعل مراد الأصحاب بالكافر الذي أطلقوه وجعلوه محل البحث والخلاف في المسئلة هوالذمي ، دون الحربي .

واختار في المسالك المنع في الحربي مطلقاً ، كما هومذهب المصنف ، وظاهره أيضاً الميل إلى قوله في الذمي ، حيث قال بعد نقل الأقوال الأربعة المتقدمة : وكيفكان فالقول بالمنع مطلقا ضعيف ، وقول المصنف لايخلومنوجه.

إذا عرفت ذلك فاعلم أني لمأقف في النصوص على مايدل علىحكم الوقف علىالكافر ذميا كان أو غيره ، ونسبة ابن ادريس في رده علىالشيخ في النهاية ما ذكره في النهاية إلىأنه خبرواحد أورده الشيخ ايراداً لااعتقاداً ، ربما اشعربوجود خبربذلك ، الا أنه لم يصل الينا كما عرفت .

نعم يبقىالكلام فيما ذكرمن العمومات التي ذيلت بها الأقوال المتقدمة وهيأيضاً غيرخالية من الاشكال ، سيما الآيات المذكورة ، فان الآية التي استدل بها علىالجواز مطلقا ، ظاهرة في ذلك حتىقال أمين الاسلام الطبرسي ــ في تفسيرها من كتابه مجمع البيان علىما نقله عنه بعض الأعيان بعد كلام فيالبين ــ: والذي عليه الاجماع أن برالرجل من يشاء من أهل الحرب قرابة كان أو غير قرابة ليس بمحرم ، وإنما الخلاف في اعطائهم مال الزكاة والفطرة والكفارات، فلم يجوزه أصحابنا ، وفيه خلاف بين الفقهاء ، وهو كما ترى صريح في دعوى الاجماع علىجواز برهم ، والوقف من جملة ذلك ، فالآية كما ترى دليل ظاهر

على القول المذكور .

وأما الاستدلال بحديث الوقوف على حسب مايوقفها أهلها » فقد عرفت آنفاً ما فيه ، والحديث الذي بعده ، وان لم يكن ظاهراً في الدلالة ، الا انه صالح للتأييد .

وأما الآية التي استدل بها على المنع مطلقاً فهي ظاهرة الدلالة أيضاً على القول المذكور ، وفي معناها قوله عز وجل (١) « يا أيها الذين آمنوا لاتتخذوا عدوي وعدوكم أولياء تلقون اليهم بالمودة ، وقد كفروا بما جاءكم من الحق » الآية وهما صريحتان في النهي عن مودة الكافر ، ولا ريب أن الوقف عليه إنما ينشيء من المحبة والمودة ، وهو مؤكد لها ، والحال أنه منهي عن المودة التي نشأ منها الوقف ، وتأكد بها ، فيكون منهياً عنه أيضا بالطريق الأولى .

نعم لايخفى أن الآية الأولى وان دلت على الجواز مطلقا الا أنه يدفعها بالنسبة إلى الحربي أولاً للقول باشتراط القربة في الوقف ، وقد عرفت أنه مذهب جملة من الأصحاب (رحمهم الله) فانه مقتضى الأدلة ، والتقرب إلى الله تعالى بصلته مع نهيه سبحانه عن مودته لايجتمعان .

وثانياً حل أمواله للمسلمين ، فان مال الحربي فيىء للمسلمين يصح أخذه وبيعه ، وهو ينافي صحة الوقف عليه ، والمعارضة كما ترى حاصلة بين الآية المستدل بها على الجواز ، وبين ما ذكرناه ، ولم يظهر لي وجه يجمع به بينهما ، وبذلك يزيد الاشكال .

ومن ثم أنه في المسالك رجح القول بالمنع في الحربي ، والجواز في الذمي ، لكن الواجب عليه كان أن يجيب عن الآية الدالة على الجواز مطلقا ، مع أنه لم يتعرض لذلك ، إلا أنه خص آية الجواز بالذمي كما أشرنا اليه آنفاً ، من أنه جعل الاقوال الأربعة في الذمي خاصة ، والآية كما ترى أعم ، بل صريح أمين الاسلام

(١) سورة الممتحنة ـ الاية ١ .

الطبرسي كما عرفت هو كونها في الحربي ، وربما قيل : بأن النهي عن الموادة في تلك الآيـة إنما هـو من حيث المحادة ، فلاينافيه الوقوع على غـير تلك الحيثية ، وهو محتمل ، وبه يقوى الاعتماد على الآية الأخرى مع ما عرفت من المعارض لها وبالجملة فالمسئلة عندي لما عرفت محل اشكال واعضال ، والله العالم بحقيقة الحال.

الحـاق :

قد عرفت الكلام في وقف المسلمين على الكفار ، بقي الكلام في وقف الكافر على مثله مطلقا ، أو وقف الحربي علـى الذمي أو الذمي على الذمي خاصة ، فظاهر الأصحاب الصحة ، وكـذا الوقف على البيع والكنايس ، وعلـل الصحة باعتقادهم شرعيته ، مضافاً إلى اقرارهم على دينهم .

والثاني : إنما يتم بالنسبة إلى الذمي ، والمسئلة محل توقف لعدم الظفر فيها بنص ، ويشكل أيضاً باشتراط القربـة في الوقف على القول بـه ، حيث أن ذلـك معصية في الحقيقة والواقـع ، فلايعقل التقرب والحال ذلك ، الا أن يحمل قصد القربة على قصدها في الجملة ، وان لم يحصل حقيقة ، أو يخصص قصدها ممن يعتقد حصولها ، والاول بعيد غاية البعد ، فانه لغو محض ، والثاني أيضاً لايخلو من بعد ، وان استظهره في المسالـك ، ولهذا ان الأصحـاب منعوا من تولي الكافـر الأفعال المشروطة بالقربـة ، مثل غسل الأمـوات ونحوه ، وأبطلوا ذلك من حيث عـدم تأتي ذلك من الكافر .

المسئلة الثالثة : قد صـرح الأصحاب (رضي الله عنهم) ببطلان الوقف على البيع والكنايس ، وكذا لو وقف في معونة الزناة وقطاع الطريق ، وشاربي الخمر وأمثالهم ، وكذا على الكتب السابقة كالتوراة والانجيل من غير خلاف يعرف .

أما الأول فالوجه فيه على ما قالوه وان قلنا بجواز الوقف على أهل الذمة كما أحد الأقوال المتقدمة ، هو الفرق بين الأمرين ، فان الوقف على أهل الذمة

أنفسهم لايستلزم معصية ، حيث أن نفعهم من حيث الحاجة ، وأنهم عباداللّٰه ، ومن جملة بني آدم ، وممن يجوز أن يتولد منهم المسلمون ، ولامعصية فيه ، ومار بما يترتب عليه من الاعانة على شرب الخمر ، وسائر المحرمات التي يستحلونها فهي غير مقصودة للواقف ، ولو فرض قصدها حكمنا ببطلان الوقف ، وكذا لو وقف عليهم لكونهم كفاراً بل على فسقة المسلمين ، كما سيأتي الكلام فيه انشاءاللّٰه تعالى.

وبالجملة فالمدار في البطلان والصحة على الغاية المترتبة على الوقف ، ولما كانت الغاية المترتبة عليه بالنظر إلىما قلنا صحيحة سائغة ، صح الوقف ، وهذا بخلاف الوقف على البيع والكنائس ، حيث أنه وان كان وقفاً على جهة خاصة من مصالح أهل الذمة ، إلا أنه معصية محضة ، لما يتضمن من الاعانة لهم على الاجتماع لتلك العبادات المحرمة ، ورسوخهم في الكفر ، فالغرض والغاية من الوقف هنا ليس على حسب باقي الغايات المترتبة على الوقف عليهم أنفسهم ، فلذا صح الوقف هناك ، وبطل هنا .

وأما الثاني فالوجه فيه ظاهر ، لانه متى كان الغرض المترتب على الوقف والغاية المقصودة منه إنما هو معونة هؤلآء من هذه الحيثيات المذكورة التي لاريب في تحريمها ، وأنها معينة ، فلاريب أن الوقف معصية ، فان الأعانة على المعصية معصية .

واما لو وقف على من هو متصف بذلك من المسلمين ، لكنه لامن هذه الحيثية فلااشكال في صحته ، سواء أطلق أم قصد جهة محللة .

واما الثالث فعلله الأصحاب بأن الكتابين المذكورين محرفان عما كانا عليه أولا ، ومع ذلك فهما منسوخان ، ولهذا حكموا بعدم جواز حفظهما ، كما تقدم في مقدمات كتاب التجارة من عدم جواز حفظ كتب الضلال .

نعم جوزوا الحفظ للنقض والحجة بها ، وقد نقل الأصحاب في هذا المقام

حديثاً من طرق العامة وهو أنه قد روى عن النبي(١) (صلى الله عليه وآله وسلم) «أنه قد خرج إلى المسجد فرأى في يد عمر صحيفة ، وفيها شيء من التوراية ، فغضب (صلى الله عليه وآله وسلم) لما رأى الصحيفة في يده ، وقال : أفي شك أنت يا ابن الخطاب ؟ ألم آت بها بيضاء نقية حتى لو كان أخي موسى حياً لما وسعه إلا اتباعي» قال : في المسالك بعد نقل الخبر المذكور ، وهذا يدل على أن النظر اليها معصية ، وإلا لما غضب منه (صلى الله عليه وآله وسلم) لذلك .

أقول : وقد نقل ابن أبي الحديد في شرح نهج البلاغة مثل هذا الخبر عن عمر أيضاً بوجه المنع ، وقد ذكرناه في كتابنا سلاسل الحديد في تقييد ابن أبي الحديد ، وبينا ما فيه من نفاق ذلك الطاغي العنيد .

قال في المسالك : وينبغي جواز الوقف عليها على الوجه الذي يجوز امساكها لأجله وهو النقض والحجة ، لأن الحجة طاعة ، الا أن الغرض لما كان نادراً أطلقوا المنع عليها ، انتهى .

أقول : ومقتضى ما ذكروه هنا جواز الوقف على كتب الشريعة ، والظاهر أنه لا اشكال فيه ، وهل يدخل في ذلك كتب أهل الخلاف أم لا ؟ وجهان مبنيان على أنه هل تدخل تلك الكتب تحت كتب أهل الضلال أم لا وقد تقدم الكلام في ذلك في الموضع المشار إليه آنفا ، فعلى الأول كما هو الأظهر لا يجوز ، وعلى الثاني كما اختاره بعض محققي متأخري المتأخرين يجوز ، والله العالم .

المسألة الرابعة : اذا وصف الموقوف عليه بصفة أو نسبة ، دخل فيه كل من تناوله الاطلاق عرفاً مع اتفاق العرف أو الأصطلاح على ذلك ، والا فالمتعارف عند الواقف ، اعتباراً بشاهد الحال ، ولو كان ثمة قرائن وجب العمل بمقتضاها .

وفي هذا الباب صور : منها ـ ما لو وقف على الفقراء ، فان كان الواقف مسلماً انصرف إلى فقراء المسلمين ، وان كان كافراً وقلنا بصحة وقف الكافر انصرف

---

(١) المسالك ج ١ ص ٣٤٩ .

إلى فقراء نحلته، والوجه فيه، أن صفة الفقر وان شملت لغة لكل من المسلم والكافر، ومقتضاه العموم للجميع في كل من الصورتين المذكورتين، الا أن العرف وشاهد الحال يدل على ارادة المسلمين في الأولى، وأهل نحلة الواقف في الثانية، والعرف عندهم مقدم على اللغة، وهذا يتم مع تحقق دلالة العرف وشهادة الحال عليه، والا فاللغة مقدمة، الا أنه لما كان تحقق الدلالة العرفية هنا وشهادة الحال بذلك ظاهراً جزموا بالحكم المذكور من غير تردد.

بقي أنه لو وقف على الفقراء فهل يجب تتبع من خرج عن بلد الوقف أو يكفي الدفع إلى فقراء البلد؟ صرح جملة من الأصحاب بالثاني، وعلل بأن الوقف على غير منحصر إنما هو وقف على الجهة، لا على أشخاصها، ومصرف الجهة من اتصف بوصفها من فقر أو فقه لو كان الوقف على الفقهاء، فلا يجب الدفع إلى جميع الأشخاص الداخلين في الوصف، ويدل عليه مارواه ثقة الاسلام في الكافي عن علي بن محمد بن سليمان النوفلي(١) «قال: كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه‌السلام أسأله عن أرض وقفها جدي على المحتاجين من ولد فلان بن فلان، وهم كثير متفرقون في البلاد فأجاب عليه‌السلام ذكرت الأرض التي أوقفها جدك على فقراء ولد فلان بن فلان وهي لمن حضر البلد الذي فيه الوقف، وليس لك أن تتبع من كان غائباً».

وظاهر الخبر الاختصاص بمن حضر البلد لظاهر اللام، المؤذن بالملك أو الاختصاص، والأصحاب صرحوا بأنه لو تتبع جاز، لأن المنفي إنما هو وجوب التتبع، والظاهر من الخبر خلافه، وان أمكن احتماله.

وظاهر الخبر وجوب استيعاب من في البلد، وبه صرح بعضهم، وقيل: يجزى الاقتصار على ثلاثة مراعاة للجمع، مع ما علم من أن الجهة لا يقتضى الأشخاص، وقيل: يكفى اثنين، بناءً على أنه أقل الجمع.

قال في المسالك: ويحتمل جواز الاقتصار على واحد، نظراً الى أن الأشخاص

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٨ ح ٣٧، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٨ ح ١.

مصرف الوقف ، لا مستحقوه إذ لو حمل على الاستحقاق وعمل بظاهر اللفظ لوجب الاستيعاب ، لأنه جمع معرّف مفيد للعموم ، فيجب التتبع ماأمكن ، انتهى .

وفيه أن الظاهر من الخبر المذكور هو وجوب استيعاب من في البلد ، فلا ينبغي الالتفات الى هذه الأقوال ، ولا الى ماعلّلت به .

ومنها مالو وقف على المسلمين ، والظاهر صدقه على من أقرّ بالشهادتين مع عدم انكاره ما علم من الدين ضرورة ، فيدخل فيه جملة الشكّاك والمستضعفين ويخرج منه من حكم بكفره من أفراد المسلمين ،كالخوارج ، والنواصب ، والمجسمة والغلاة ، ولفظ المسلمين وان شمل هؤلاء المذكورين عرفاً ، إلا أنه شرعاً لايشملهم والعرف الشرعي مقدم على العرف العام اتفاقاً .

وبذلك يظهر ما في قوله في المسالك بعد أن ذكر المعنى الأول وهو حمل المسلمين على من أقـر بالشهادتين ولم ينكر شيئاً من ضروريات الدين فيخرج عنه هؤلاء المذكورون مالفظه : مع احتمال العموم نظراً الى المفهوم عرفاً .

فان فيه أنه وان صدق ذلك عرفاً إلا أن المفهوم من هذا اللفظ بالنظر الى الأخبار إنما هو الأول ، ولهذا أنهم صرحوا في تسميتهم مسلمين إنما هو بمعنى منتحلي الاسلام ، واذا ثبت أن عرفهم عليهم السلام إنما هو المعنى الأول وجب تقديمه وبطل ماذكره من الاحتمال .

وفي دخول المخالفين وعدمه قولان مبنيان على الحكم باسلامهم كما هو المشهور بين المتأخرين ، أو كفرهم كما هو مذهب جملة من محققي متقدمي الأصحاب ، وهو المختار ، كما أوضحناه بما لا مزيد عليه في جملة من زبرنا ، ولا سيّما كتاب الشهاب الثاقب في بيان معنى الناصب ، وقد تقدم في المجلد الثاني من كتاب الطهارة نبذ من القول في ذلك (١) « قال في المسالك : ولا فرق بين كون الواقف من المسلمين محقاً وغيره ، عملاً بالمفهوم ، وقيل : إن كان الواقف

---

(١) ج ٥ ص ١٨١ .

محقاً يختص الوقف بقبيله بشهادة الحال ، كما لو وقف على الفقراء ، ورد بأن تخصيص عام لا يقتضي تخصيص آخر ، وشهادة الحال ممنوعة ، والفرق بين المسلمين والفقراء قائم ، فان ارادة الوقف على جميع الفقراء على اختلاف آرائهم وتباين مقالاتهم ومعتقداتهم بعيد ، بخلاف ارادة فرق المسلمين من اطلاقهم ، فانه أمر راجح شرعي مطلوب عرفاً ، والأقوى المشهور .

نعم لو كان الواقف من أحد الفرق المحكوم بكفرها لم يخرج قبيلته من وقفه ولا غيره ممن يحكم بكفره أيضاً ، حيث لا يشهد حاله باخراجه ، ويحتمل اختصاص عدم الحرمان بقبيلة خاصة اقتصاراً في التخصيص على محل اليقين ، وهو حسن إلا مع شهادة الحال بخلافه ، انتهى .

أقول : ما نقله من القول الذى نقضه هو قول ابن ادريس حيث قال : واذا وقف المسلم المحق شيئاً على المسلمين كان ذلك للمحقين من المسلمين ، واستدل بأن فحوى الخطاب وشاهد الحال يدل عليه ، كما لو وقف الكافر وقفاً على الفقراء كان ماضياً في فقراء أهل نحلته خاصة ، بشهادة دلالة الحال عليه ، قال : وما أورده الشيخ خبر واحد أورده إيراداً لا اعتقاداً ، لأنّا وإيّاه نراعي في صحة الوقف التقرب به الى الله ، وببعض هؤلاء لا يتقرب الانسان المحق بوقفه عليه ، انتهى .

وأنت خبير بأن كلام ابن ادريس جيد بناءً على مذهبه ، وبيان ذلك أن الخارج عن هذا العنوان أعني المسلم المحق منحصر في أفراد ثلاثة : أحدها ــ من أنكر شيئاً من ضروريات الدين كالأفراد المتقدم ذكرها ، وهم موافقون على خروجها عن هذا العنوان بل عن عنوان المسلمين ، لأنهم كفار عندهم بلا اشكال .

وثانيها ــ أفراد المخالفين من العامة ، ومن يتبعهم من فرق الزيدية وغيرهم وهؤلاء وإن كانوا عندهم من المسلمين ، إلا أنهم عند ابن ادريس وجملة من محققى المتقدمين من الكفار باليقين ، وهو الحق كما تقدمت الاشارة اليه ، ومحل اعتراضهم هنا نشأ من هذا الفرد ، مع أن مذهبه فيه ما عرفت من القول بالكفر

فخروجهم بناءً على ذلك ظاهر .

وثالثها ـ أفراد المستضعفين من الشكّاك وغيرهم ، وهؤلاء على ما يفهم من الأخبار الكثيرة تجرى عليهم أحكام الاسلام في الدنيا وأما في الآخرة فهم من المرجئين لأمر الله ، وان دلّ بعض الأخبار على أن عاقبة أمرهم الجنة أيضاً ، كما أوضحناه في كتابنا المتقدم ذكره وهؤلاء لاريب في دخولهم لوجوب اجراء أحكام الاسلام عليهم ، وهذا منها .

ويعضد ماذهب اليه ابن ادريس هنا أيضاً ما ألزم به الشيخ حيث أن مذهبه في النهاية كما قدمنا نقله عنه القول باشتراط القربة في الوقف ، كما هو مذهب ابن ادريس ، وبموجب ذلك أنه لا يصح التقرب الى الله بالوقف على أحد من المخالفين ، الذين قد عرفت أنهم محل البحث ، سيّما على القول بالكفر الذى هو مذهب هذا القائل ، وبذلك يتبين لك قوة ماذهب اليه .

وأما بحثه معه في المسالك بما قدمنا نقله عنه من المناقشة في الوقف على هؤلاء ، كوقف الكافر الذى ينصرف الى فقراء نحلته ، فهي مناقشة لفظية ، لايوجب بطلان ماذهب اليه ، لأنه إنما قصد بذلك التنظير والتمثيل لدفع الاستبعاد ، وإلا فدليله المعتمد انما هو ماذكرناه ، وهو كما ترى واضح الظهور ، لاتعتريه شائبة القصور والله العالم .

ومنها الوقف على المؤمنين ، وقد اختلف الأصحاب في ذلك ، فقال الشيخ في النهاية : اذا وقف على المؤمنين كان ذلك لمجتنبي الكبائر من أهل المعرفة بالامامة دون غيرهم ، ولايكون للفساق منهم معهم شيء على حال ، وكذا قال الشيخ المفيد وابن البراج وابن حمزة ، وقال ابن ادريس : لايختص ذلك بالعدل بل هو عام لجميع المؤمنين ، العدل منهم والفاسق ، وعلى هذا القول جرى المتأخرون .

أقول : والتحقيق في ذلك أن الكلام هنا يتوقف على بيان معنى الايمان ، والمشهور بين الأصحاب أنه عبارة عن الأقرار باللسان ، والتصديق بالجنان يعني

الاقرار بالشهادتين ، وجميع ماجاء بـه النبي(صلى الله عليه وآله وسلم) مقروناً بالتصديق والاذعان ، وقيل : انـه كذلك مع انضمام العمل بالأركان إلى ذلك ، والمراد بالعمل الذي يكون جزء من الايمان هو الاتيان بكبائر الطاعات ، واجتناب كبائر المعاصي ، وهومذهب الصدوق ، والشيخ المفيد (رحمة الله عليهما) وجملة من المتقدمين ، وهوالمستفاد من الأخبار المتكاثـرة ، ولافرق في أخذ العمل جزء من الايمان بين أن يكون مـن الاثنى عشرية ، وغـيرهم ، وان كان الايمان عندنا لايثبت لغير الاثنى عشرية .

فما ذكره في المسالك من أن الايمـان الخاص قسمان : أحدهما المأخوذ فيه العمل الصالـح ، والثاني اعتقاد امامة الاثنى عشر اماماً عليهم السلام مما يؤذن بعدم اعتبار أخذ الأعمال جزء بالنسبة إلى المعتقد بهذا الاعتقاد ، فليس في محله .

وبالجملة فان المستفاد من الأخبار على وجـه لايعتريـه الشبهة للمتتبع ، ولايقبل الانكار ، هوأن الايمان عبارة عن المركب من هذه الثلاثة ، وهي الاقرار باللسان والاعتقاد بالجنان ، والعمل بالأركان ، وبهذا المضمون جملة من الأخبار أوردها الصدوق في عيون الأخبار(١) .

وعلى هذا فهيهنا ثلاثة أقسام : مؤمن ، وهو من كان كذلك ، وكافر وهـو مـن لم يتصف بشيء من هذه الثلاثة ، وهؤلاء أهـل الوعديـن ، الجنة والنار ، فالأولون يساقـون من قبورهم إلى الجنة ، والآخرون إلى النار ، لاحساب عليهم ولا كتـاب ، والقسم الثالث المسلم ، وهو مـن خرج من الكفر ، لعـدم انكاره ، ولم يدخل في الايمان لعدم اعماله ، وهؤلاء أكثر الناس ، وهم أصحاب الحساب وأهل المحشر ، ولتحقيق هذا المقام محل آخر .

وبالجملة فان ماذهب إليه المتقدمون في هـذه المسئلة مبني على مختارهم

(١) عيون اخبار الرضا (عليه السلام) ج ١ ص ١٧٧ ط النجف الاشرف سنة ١٣٩٠ الكافـي ج ٢ ص ٢٥ باب ان الايمان يشرك الاسلام والاسلام لايشرك الايمان .

في معنى الايمان ، وما ذكره المتأخرون مبني أيضاً على ما اختاروه ، فالنزاع هنا لفظي ، ومحل البحث في تحقيق معنى الايمان ، والحق عندي فيه هو مذهب المتقدمين ، لأنه المستفاد من الأخبار المستفيضة ، وان حملها متأخروا الأصحاب على الفرد الأكمل منه ، إلا أن الحمل فرع وجود المعارض ، ثم الظاهر أنه على تقدير تفسير الايمان بالمعنى المشهور ، فمظهر الفرق بينه وبين التفسير بالمعنى الثاني وهو اضافة العمل إلى ما ذكر ، إنما هو في اتصاف الفساق بالايمان وعدمه ، فيتصفون به على القول المشهور ، لا على القول الآخر ، ولكن مع عدم اتصافهم به لا يكونون كفاراً ، بل مسلمين ، لأنها المنزلة الوسطى بين الكفر والايمان ، وكيف كان فإن محل الجميع الامامية الاثني عشرية .

وما يظهر من المسالك من أن الايمان بمعنى اعتقاد امامة الاثنى عشر (صلوات الله عليهم) اخص من الايمان بالمعنى المشهور ، ان اريد به الخصوص والعموم بحسب المفهوم فهو كذلك ، وان اريد مصداقاً بمعنى أنه يصدق الايمان بالمعنى المشهور على ما هو أعم من الاعتقاد بامامة الاثنى عشر (صلوات الله عليهم) كما هو ظاهر كلامه فهو باطل ، لأنا نمنع صدق الايمان بأي معنى فسر على غير القائلين بامامة الاثنى عشر (صلوات الله عليهم) ، لما علم من الأخبار على وجه لا يقبل الانكار من شرف المؤمن وحرمته ، ووجوب قضاء حقوقه ونحو ذلك من الأخبار المروية في الكافي في كتاب الايمان والكفر(١) ، وتفصيل حقوق المؤمن مضافاً إلى مادل على أنه الموجب لدخول الجنة ، وهذا كله لا يصح اجراؤه على غير الاثنى عشرية ، فانهم المرادون بذلك على الخصوص .

نعم يجب التفصيل فيهم بالفسق والعدالة ، بناء على القول الآخر في معنى الايمان ، وحينئذ فلو وقف على المؤمنين وأطلق فان كان الواقف من الامامية وهم الاثنى عشرية فلاريب في أن المراد بهم الامامية ، لكن يبقى الكلام في الاختصاص

(١) الكافي ج ٢ ص ١٩٢ باب قضاء حاجة المؤمن .

بالعدول ، وشمول الفساق المبني على القول المشهور في الايمان ، من عدم أخذ الأعمال في معناه فيشمل ، أو أخذها فيختص ، وان كان الواقف من غيرهم ، فالظاهر أن الحكم كالأول ، وهو المفهوم من كلام الأصحاب أيضاً ، قال في المسالك ـ بعد أن اعترف بأنه في هذه الصورة ظاهر المصنف والأكثر كونه كالصورة الاولى ـ ما لفظه : وهو مشكل ، لأن ذلك غير معروف عنده ، ولاقصده متوجه إليه ، فكيف يحمل عليه ، وليس الحكم فيه كالمسلمين في أن لفظه عام فينصرف إلى مادل عليه اللفظ وان خالف معتقد الواقف كما تقدم ، لأن الايمان لغة هو مطلق التصديق ، وليس بمراد هنا ، واصطلاحاً يختلف بحسب المصطلحين ، والمعنى الذي اعتبره أكثر المسلمين هو المعنى العام ، فلو قيل بحمله عليه إذا كان الواقف غير امامي كان حسناً ، أو يقال : ان كان من الوعيديه يحمل على معتقده ، أو من الامامية فعلى معتقده ، أو من غيره فعلى معتقده عملاً بشاهد الحال في دلالة العرف الخاص ، والقرائن الحالية ، انتهى .

ووجه الدخل في كلامه أن ما ادعاه من الاختلاف في معنى الايمان بحسب اختلاف المصطلحين ، وانما اعتبره أكثر المسلمين هو المعنى العام ، بمعنى أنه عبارة عن مجرد الاقرار باللسان والاعتقاد بالجنان مردود ، بأن الكلام في ذلك ينبغي الرجوع فيه إلى المعنى الشرعي الذي دلت عليه الأخبار ، فانه هو الأولى بالرجوع إليه والاعتبار ، وعليه تبنى الأحكام في الايراد والاصدار ، ولاعبرة بعد ذلك باصطلاح المصطلحين ، ولا باختلافهم في اصطلاحهم ولا اتفاقهم ، والذى دلت عليه الأخبار كما تقدمت الاشارة إليه أن الايمان لايصدق على غير الامامية ، وإلا لزم دخول غيرهم الجنة ، ولاقائل به .

ثم انه قال في المسالك : إذا تقرر ذلك فهل يشترط مع الاعتقاد المذكور في المعنى المشهور اجتناب الكبائر ؟ قال الشيخ : نعم ، فلايجوز للفساق من الامامية أخذ شيء منه ، وتبعه جماعة ، ولعل مبناه على أن العمل جزء من الايمان

كما هو مأثور عن السلف ، وورد في كثير من الأخبار أنه مركب من ثلاثة أشياء : اعتقاد بالجنان ، واقرار باللسان ، وعمل بالأركان ، فيكون العمل ثلث الايمان، والمشهور وهو الأصح عدم اعتباره ، وإليه ذهب الشهيد في البيان أيضاً لما تحقق في الكلام من أن الايمان هو التصديق بالقلب ، والاقرار باللسان على الوجه السابق ، وأن العمل ليس بجزء منه ، ولا شرط ، انتهى .

وفيه أنه لا يخفى على من راجع الأخبار التي هي العمدة في الايراد والاصدار أنها دائرة بين قسمين ، فقسم منها اشتمل على أن الايمان عبارة عن التصديق والاقرار ، وهذه الأخبار وردت في مقام الفرق بين الايمان والاسلام ، وأن الايمان أخص مطلقاً .

وقسم منها ورد بأنه عبارة عما ذكر مع اشتماله على العمل ، وصرحت بأنه اقرار باللسان ، واعتقاد بالجنان ، وعمل بالأركان ، ولهذه الاخبار مؤيدات من الأخبار أيضاً ،مثل الأخبار الدالة على تقسيم الناس إلى ثلاث فرق ، الراجعة إلى ست فرق ، مثل حديث الطيار المروي في الكافي (١) قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : الناس على ست فرق ، يؤولون (٢) كلهم إلى ثلاث فرق : الايمان والكفر والضلال : وهم أهل الوعدين الذين وعدهم الله تعالى الجنة والنار ، المؤمنون والكافرون ، والمستضعفون والمرجون لأمر الله ، إما يعذبهم وإما يتوب عليهم ، والمعترفون بذنوبهم خلطوا عملاً صالحاً وآخر سيئاً ، وأهل الأعراف » ، ومرجع ذلك إلى اثبات منزلة بين الكفر والايمان ، وهو مبني على أخذ الأفعال في الأعمال ، وهؤلاء بمقتضى النصوص من المسلمين ، لا بالمعنى المشهور الذي يدخل فيه المنافقون ، بل أخص منه .

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه لا منافاة بين هذه الأخبار ، إذ غاية الأخبار الأول

(١) الكافي ج ٢ ص ٣٨١ ح ٢ .
(٢) أي : يرجعون .

أنها مطلقة والثانية مقيدة ، وطريق الجمع حمل الاطلاق في تلك الأخبار على ما دلّت عليه هذه من أخذ الأعمال ، وإلا فان اطراحها من غير موجب لامعنى له سيّما مع ما عرفت من تأيدها بغيرها .

وبذلك يظهر لك أن ما اختاروه في علم الكلام من أن الايمان عبارة عما ذكروه ، لا أعرف له وجهاً وجيها ، بل المفهوم من الأخبار بعد ضم بعضها إلى بعض هو ما ذكرناه ، من أنه مركب من الثلاثة المذكورة ، ثم ان في كلامه اشارة ظاهرة إلى أن مذهب السلف أعني متقدمي الأصحاب هو القول بما اخترناه ، والترجيح لما رجحناه ، والعجب أنه مع اعترافه بذلك وأنه قد ورد في كثير من الأخبار كيف خالفه ، وخرج عنه من غير حجة واضحة ، سوى ما أحاله على علم الكلام .

وفيه أن ما تحقق في علم الكلام ان كان مستفاداً من الأخبار فقد عرفت أنه ليس كذلك لما ذكرناه ، وان كان من غيرها فلا عبرة به ، ولاعمل عليه ، والله العالم .

ومنها الوقف على الشيعة قال الشيخان : لو وقفه على الشيعة ولم يميز كان ذلك ماضياً في الامامية ، والجارودية من الزيدية ، دون التبرية ، وبه قال سلار وابن البراج وابن حمزة ، وقال المحقق في الشرايع والمراد بهم الامامية والجارودية دون غيرهم من فرق الزيدية .

قال في المسالك : اسم الشيعة يطلق على من قدم عليا عليه‌السلام في الامامة على غيره بعد النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) ولاشبهة في كون الامامية منهم ، وكذا الجارودية ، وكذا الاسماعيلية ، حيث لا يكونون ملاحدة ، وأما باقي الشيعة كالكيسانية والواقفية والفطحية فداخلة لكن لانقراضهم استغنى عن ذكرهم .

أقول ويؤيد ما ذكره من اطلاق الشيعة على هذه الفرق مارواه الكشي في

كتاب الرجال بسنده عن عمر بن يزيد (١) « قال : دخلت على أبي عبدالله عليه السلام فحدثني ملياً في فضائل الشيعة ، ثم قال : ان من الشيعة بعدنا من هو شر من النصّاب ، قلت : جعلت فداك أليس ينتحلون حبكم ويتولونكم ويبرأون من عدوكم ؟ قال : نعم ، قلت : جعلت فداك بيّن لنا لنعرفهم ، فلسنا منهم ؟ قال : كلا ياعمر لست منهم ، إنما هم قوم يفتنون بزيد ، ويفتنون بموسى» ، إلا أن المستفاد من الأخبار الكثيرة المستفيضة بل المتواترة معنى ، من طرق الخاصة والعامة في فضائل الشيعة هو التخصيص بالامامية بحيث يقطع بعدم دخول غيرهم في هذا الاطلاق ويؤيده ما صرح به في النهاية الأثيرية (٢) حيث قال بعد ذكر بعض معاني لفظ الشيعة ما لفظه : وقد غلب هذا الاسم على كل من يتولى علياً وأهل بيته ، حتى صار لهم اسماً خاصاً فإذا قيل : فلان من الشيعة ، عرف أنه منهم ، وفي مذهب الشيعة كذا أي عندهم ، انتهى .

ويؤيده أنه وان كان لفظ الشيعة مما يطلق على هؤلاء في تلك الأعصار السابعة ، الا أنه في الأعصار المتأخرة لايتبادر من لفظ الشيعة إلا الامامية ، حتى اشتهر المقابلة له بأهل السنة ، فيقال : شيعي ، وسني .

وبالجملة فان المتبادر عنه في هذه الأزمان إنما هو ما ذكرناه ، ومنه يعلم أن ما ذكره الأصحاب (رضوان الله عليهم) من الخلاف والكلام في هذه المسئلة على اطلاقه غير متجه ، فان المشهور بينهم أنه لو وقف على الشيعة انصرف إلى من ذكر مما قدمنا نقله عن المسالك .

وفصّل ابن ادريس ، فقال : ان كان الواقف من احدى فرق الشيعة كالجارودية والكيسانية والناووسية والفطحية والواقفية والاثني عشرية حمل كلامه العام على شاهد حاله ، وقوى قوله ، وخصص به ، وصرف في أهل نحلته دون من عداهم من سائر المنطوق به ، عملاً بشاهد الحال ، انتهى .

---

(١) رجال الكشي ص ٤٥٤ الرقم ٨٦٩ .

(٢) النهاية الاثيرية ج ٢ ص ٥٢٠ .

وبمقتضى ما قلناه ينبغي أن يخص هذا الخلاف بما لو وقع الوقف في تلك الأعصار ، أما في مثل أو قاتنا هذه ونحوها مما تقدمها وتأخر عنها ، فانه لاينبغي الريب في انصرافه إلى الامامية لو كان الواقف منهم ، وانما يبقى الشك فيما لو كان الواقف من أحد تلك الفرق الموجودة الآن ، فانه لايبعد القول فيه بما ذهب اليه ابن ادريس عملاً بشاهد الحال ، وهكذا لو كان في الصدر السابق من أي واقف كان ، ونقل عن التذكرة أنه نفى البأس عن قول ابن ادريس ؛ وقال في المسالك: وهو حسن مع قيام القرينة على ارادته لفريقه ، ومع اشتباه الحال فالحكم العموم لعموم اللفظ كالمسلمين . انتهى .

وإنما خص الأصحاب الجارودية من فرق الزيدية بالذكر ، لأنهم هم القائلون بإمامة علي عليه‌السلام بعده (صلى الله عليه وآله وسلم) وأما غيرهم من الصالحية والسليمانية والتبرية فانهم يقولون بإمامة الشيخين ، وان اختلفوا في غيرهما ، والجارودية نسبة إلى أبي الجارود زياد بن المنذر ، والله العالم .

ومنها الوقف على الامامية ، والظاهر أنه لاخلاف في أن المراد بهم الاثنى عشرية القائلون بإمامة الائمة الاثنى عشر (صلوات الله عليهم) ، وفي الدروس صرح باشتراط اعتقاد عصمتهم ، بناء على أنه لازم المذهب .

قال في المسالك : وفي اشتراطه نظر وان كان أولى ، قال : ويلزمه اشتراط اعتقاد أفضليتهم على غيرهم ، وغيره من معتقدات الشيعة المجمع عليها عندهم ، والفتاوى خالية عنه ، والظاهر يشهد بخلافه ، انتهى .

أقول : لايظهر لي وجه في هذا الخلاف ولا أثر يترتب عليه ، فانه لاريب أن القول بامامة الامام عليه‌السلام مستلزم للقول بما يستتبع ذلك من عصمته وأفضليته ونحوهما ، إذ المراد من الامامية هو من قال بإمامتهم واعتقدها مع جميع مايتبعها ، فتصريح الدروس باشتراط اعتقاد عصمتهم دون غيرها لاوجه له ، لأن هذا حاصل من غير اشتراط ، والتخصيص بالعصمة دون غيرها لايظهر له وجه ، ونزاعه

له في المسالك جيد إلا أن قوله « وان كان أولى » لا أعرف له وجهاً وجيهاً .

وبالجملة فالحق أن هذه الأشياء كلها لازمة للقول بالامامة ، فاشتراطها لا يزيد على أصل حصولها ، وتخصيص بعضها دون بعض ترجيح من غير مرجح ، مع ما عرفت من أنه لامعنى لهذا الاشتراط بالكلية .

ويظهر من الدروس أيضاً أن الخلاف في اشتراط اجتناب الكبائر آت هنا ورده في المسالك بأنه ليس كذلك ، قال : والفرق يظهر من دليل القائل باشتراطه ، فان مفهوم الامامية لامدخل لـه في العمل مطلقاً ، بخلاف المؤمنين ، انتهى وهو جيد .

ومنها الوقف على الزيدية فمن وقف عليهم كان ذلك للقائلين بإمامة زيد بن علي بن الحسين عليهما السلام فانهم يجعلون الامامة بعده لكل من خرج بالسيف من ولد فاطمة عليها السلام من ذوى الرأي والعلم والصلاح ، ولافرق بين أن يكون الواقف منهم ، أومن غيرهم هذا هو المشهور ، وبه قال الشيخان والأكثر .

وقال ابن ادريس : هذا الاطلاق غير جيد ، بل إذا كان الواقف زيدياً ، وان كان الواقف امامياً لم يصح الوقف ، بناءً على أن وقف المحق على غيره باطل قال في المسالك بعد نقل ذلك عنه : وهو باطل .

أقول : وقد تقدم الكلام في ذلك في هذه المسئلة في صورة مالو وقف على المسلمين ، وقد بينا ثمة قوة ماذهب اليه ابن ادريس ، ومرجعه إلى أنه يحكم بكفر هؤلاء ، وهم يقولون باسلامهم ، وهو يشترط القربة في الوقف ، وهي هنا متعذرة ، وهم لايشترطونها ، فيكون قول ابن ادريس جيداً على أصوله ، وهو الحق في كل من الحكمين كما سلف بيانه ، والله العالم .

ومنها الوقف على الجيران وقد اختلف الأصحاب (رضوان الله عليهم) في الجوار ، فقيل أنه يرجع إلى العرف ، وهو اختيار العلامة في المختلف ، قال : والمعتمد العرف ، لأن ألفاظ الشرع يحمل عليه في غير الحقيقة الشرعية ، ونحوه في

المسالك ، قال : ووجهه واضح حيث لايكون للفظه حقيقة شرعية

وقيل : لمن يلي داره إلى أربعين ذراعاً ، وبه قال الشيخان وأبو الصلاح وسلار وابن البراج وابن إدريس وإبن زهرة وابن حمزة والقطب الكيدرى ، قال في الشرايع : وهو حسن ، وبه قال الشهيد ، وإليه مال العلامة في التحرير .

قال في المسالك : ولم نقف لهم على مستند خصوصاً لمثل ابن إدريس الذي لايعول في مثل ذلك على الأخبار الصحيحة ونحوها ، والعرف لايدل عليه ، فكيف فيما لامستند له ، ولعله عول على ماتخيله من الأجماع عليه ، كما اتفق له ذلك مراراً .

وقيل : إلى أربعين داراً من كل جانب ، قال في الشرايع وهو مطرح ، وفي المسالك : لم أعلم قائله ، وجماعة من باحثي مسائل الخلاف كالامام فخر الدين في الشرح والمقداد في التنقيح والشيخ علي ، اسندوا دليله إلى رواية العامة عن عايشة (١) «عن النبي (صلّى الله عليه وآله وسلّم) سئل عن حد الجوار ؟ فقال : اربعين داراً .

أقول : والعجب كل العجب منهم (رضوان الله عليهم) في هذه المسئلة حيث اختلفوا فيها كما عرفت ، وقالوا ما قالوا ، مع أنه قد روى ثقة الأسلام في الكافي هنا روايات تدل على القول الثالث الذي حكم المحقق في الشرايع باطراحه ، وجملة منهم كما عرفت إنما استندوا فيه إلى الرواية العامة ، مع ان الكتاب المذكور في أيديهم ، عاكفون على درسه وشرحه ومطالعته ، فمن الأخبار المشار إليها مارواه في الحسن عن معاوية بن عمار عن عمرو بن عكرمة (٢) وهو مجهول عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) كل أربعين داراً جيران من بين يديه ، ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله .

(١) الجامع الصغير ج ١ ص ١٤٧ .

(٢) الكافي ج ٢ ص ٦٦٩ ح ١ ، الوسائل ج ٨ ص ٤٩١ ح ٢ الباب ٩٠ .

وعن جميل بن دراج (١) في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام «قال: حد الجوار أربعون داراً من كل جانب من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله».

وعن عمرو بن عكرمة (٢) «عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: ان رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلّم) أتاه رجل من الأنصار فقال: اني اشتريت داراً في بني فلان وان أقرب جيراني مني جواراً من لاأرجو خيره، ولاآمن شره قال: فأمر رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلّم) علياً وسلمان وأباذر ونسيت آخر وأظنه قال: والمقداد أن ينادوا في المسجد بأعلى أصواتهم بأنه لاإيمان لمن لم يأمن جاره بوائقه فنادوابها ثلاثاً، ثم أومي بيده الى كل أربعين داراً بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله».

وهذه الأخبار كما ترى واضحة الدلالة في القول المذكور، وبه يظهر أنه هو المختار المنصور، وأن ماعداه بمحل من القصور، ولم أعثر على من تنبه لهذه الروايات وذكرها في هذا المقام منهم سوى شيخنا الشهيد الثاني في المسالك، والعجب قوله بعد ذكرها ولولا شذوذ القول به بين أصحابنا لكان القول به حسناً لكثرة رواياته من الطرفين، وكثيراً مايثبت الأصحاب قولاً بدون هذا المستند، والعامة عاملون برواياتهم في ذلك، انتهى.

فان فيه أن الواجب على الفقيه والمأمور به من الله سبحانه ورسوله وأوصيائه هو القول بالدليل الوارد عنهم عليهم السلام والنهي عن القول بغير دليل، فضلاً عن مخالفة الدليل الوارد، ومن الظاهر أن هذا الأختلاف في هذه المسئلة إنما نشأ من حيث عدم الوقوف على هذه الأخبار، والافمع الوقوف عليها والعدول عنها الى مالا دليل عليه بالكلية أمر لا تجوز نسبتهم اليه، لأنه موجب لحملهم على مخالفة الله سبحانه ورسوله تعمداً من دليل، وأي طعن أعظم منه، على أنه قد صرح هو

(١) الكافي ج ٢ ص ٦٦٩ ح ٢، الوسائل ج ٨ ص ٤٩١ ح ١ الباب ٩٠.
(٢) الكافي ج ٢ ص ٦٦٦ ذيل الحديث ١، الوسائل ج ٨ ص ٤٨٧ ح ١

نفسه بنحو ماقلناه من وجوب عمل الفقيه بما قام له الدليل عليه، وان ادعى الاجماع على خلافه في مسئلة مالو أوصى له بأبيه فقبل الوصية، حيث قال ماصورته: والأقوى ما اختاره المصنف، ولا يقدح دعواه الاجماع في فتوى العلامة، لأن الحق أن الاجماع عند أصحابنا انما يكون حجة مع تحقق دخول المعصوم في جملة قولهم، فان حجيته انما هي باعتبار قوله عندهم، ودخول قوله في قولهم في مثل هذه المسئلة النظرية غير معلوم، وقد نبه المصنف في أوائل المعتبر على ذلك، ثم نقل عبارته الى أن قال: وهذا الأنصاف عين الحق، فان ادخال قول شخص غائب لايعرف قوله في قول جماعة معروفين بمجرد اتفاقهم على ذلك القول بدون العلم بموافقته لهم، تحكّم بارد، وبهذا يظهر جواز مخالفة الفقيه المتأخر لغيره من المتقدمين في كثير من المسائل التي ادعوا فيها الاجماع اذا قام عنده الدليل على مايقتضي خلافهم، وقد اتفق ذلك لهم كثيراً، لكن زلّة المتقدم متسامحة عند الناس دون المتأخر، انتهى وهو جيد نفيس.

ومنه يعلم أيضاً ان ما يقول به هو وغيره من هذه الاجماعات المتناقلة في كلامهم والجارية على رؤس أقلامهم مما لااعتماد عليها ولا التفات اليها، كما حققه أيضا في رسالته التي في وجوب صلاة الجمعة، وحققناه بما لامزيد عليه في باب صلاة الجمعة من كتاب الصلاة (١).

بقي في المقام فوائد ينبغي التنبيه عليها: الأولى ـ أنه على تقدير القول المختار من اعتبار الجوار بعدد الدور من الجوانب الأربعة، فالظاهر أنه لافرق في ذلك بين الدار الصغيرة والكبيرة، ولابين قرب المسافة بين الدور وبعدها، عملاً بالاطلاق وحصول مسمى العدد، ويحتمل اعتبار قرب المسافة نظراً الى العادة والعرف في البلدان، وأن دورها في الغالب متصلة بعضها ببعض، أو يكون بينها مسافة يسيرة ولعلّه الأقرب، وهل يصدق هذا الحكم في سكان البادية؟ ظاهره في المسالك ذلك

(١) ج ٩ ص ٣٦١ الى ص ٣٧٦.

حيث قال : ولو كان في أهل البادية اعتبر من ينزل حوله ، ويسمى جاره عرفاً أو مساحة أو عدداً بالنسبة الى البيوت المخصوصة ، انتهى .

وفيه اشكال بناءً على القول المختار ، وأما على القولين الآخرين فيمكن ذلك وان كان لايخلو من بعد ، ووجه الأشكال أن مورد النصوص تفسير الجوار بالدور والعدد المخصوص منها ، ومن المحتمل قريباً أن استمرار السكنى مماله مدخل في ذلك ، بخلاف البادية التي يتنقل ويتحول من مكان الى آخر .

الثانية ـ الظاهر أنه لافرق في صدق الجوار بين أن يكون الدار ملكاً للساكن أو اجارةً أو عارية ، وفي التحرير توقف في استحقاق المستأجر والمستعير وربما قيل : باحتمال التخصيص بالمملوكة ، وعلى هذا فان كان مستعاراً أو مستأجراً لم يستحق أحد منهما من الوقف شيئاً .

أما المالك فلعدم حصول الجوار بالنسبة اليه ، وأما الساكن فلعدم كونه مالكاً ، وعلى ما استظهرناه فهل يكون الغاصب كذلك ؟ اشكال من صدق الجوار عرفاً ، ومن أنه عدوان فلايترتب عليه أثر ، وتنظر فيه في المسالك ، قال : لعدم المنافاة ، ورجح في التحرير العدم .

الثالثة ـ لو باع الدار التي يسكنها زال حقه من الجوار ، وانتقل الى المشتري ان سكنها ، ولو عاد اليها عاد اليه الحق ، وكذا المستأجر بعد انقضاء المدة يعود إلى كل منهما الحق متى حصل السكنى .

الرابعة ـ لو غاب عن الدار بسفر مع ارادة الرجوع فأطلق بعضهم أنه لايخرج بذلك عن الأستحقاق ، والأقرب التفصيل بأنه ان كانت الغيبة بعد السكنى وله فيها أهل وعيال ، وأسباب ، وإنما سافر لأمر من الامور التي جرت العادة بالسفر لها ، فلاريب في صحة ما ذكروه من أنه لايخرج عن الاستحقاق ، سواء كان الوقف متقدماً على سفره أم وقع في حال غيبته ، وان كانت غيبته عن الدار وليس له فيها أهل ولا أسباب بالكلية ، فما ذكروه محل اشكال ، لعدم صدق

السكنى على هذه الحال على حال الغيبة ، والفرق بين الصورتين أنه باعتبار أنه في الدار من الأهل والعيال والأسباب في الصورة الأولى في حكم الساكن ، بل هو ساكن ، وان كان غائباً بنية الرجوع ، بخلاف الثانية .

الخامسة ـ قالوا : لو كان له داران يتردد إليهما في السكنى فهو جار لأهلهما فيستحق بسببهما معاً لصدق الاسم مع وجود القدر المعتبر عند معتبره ، ولو كان يسكنهما على التناوب أو بحسب الفصول استحق زمن السكنى .

أقول : وفي تخصيص الاستحقاق بزمن السكنى في الصورة الاخيرة تأييد لما قدمنا ذكره في الغائب عن داره ، وليس له فيها عيال ولا مال ولا أسباب وان كان بنيّة الرجوع ، فانه لا يستحق زمن الغيبة شيئاً .

السادسة ـ ان قلنا ببناء الجوار على العرف كما هو أحد الأقوال المتقدمة ، وجب قسمة الموقوف على رؤس الجيران مطلقاً ، وكذا ان قلنا بالاذرع ، ويستوي فيه الصغير والكبير والذكر والانثى ، وان قلنا بالبناء على عدد الدور ، والظاهر قسمته على عددها صغيرة كانت أو كبيرة ثم يقسم رصد كل دار على عدد أهلها ، وقيل : بأنه يقسم من أول الأمر على عدد أهل الدور ، والله العالم .

ومنها ما لو وقف على قومه ، قال الشيخان : يكون على جماعة أهل لغته من الذكور دون الاناث ، وتبعهما ابن البراج وابن حمزة ، وقال أبو الصلاح : يعمل بالمعلوم من قصده ، فان لم يعرف ماقصده عمل بعرف قومه في ذلك الاطلاق ، وقال سلار : يكون لجماعة أهل لغته ولم يخص الذكور بالذكر .

وقال ابن إدريس : الذي يقتضيه أصول المذهب وتشهد بصحته الأدلة الظاهرة أنه يكون مصروفاً إلى الرجال من قبيلته ممن ينطلق العرف بأنهم أهله وعشيرته ، دون من سواهم ، هذا الذي يشهد به اللغة وعرف العادة وفحوى الخطاب ، قال الشاعر : « قومي هم قتلوا أميم أخي » « فإذا رميت يصيبني سهمي » قال : وإنما قلنا انه يختص بالذكر لقوله تعالى « لا يسخر قوم من قوم ولا نساء

من نساء »(١) وقول زهير : « فما أدري وسوف اخال أدري أقوم أهل حصن أم نساء »

قال : وأما الرواية التي وردت بأن ذلك على جميع أهل لغته فهي خبر واحد ، لا يوجب علماً ولا عملاً من غير دليل يعضدها من اجماع أو كتاب أو سنة أو دليل أصل ، فإذا عدم جميع ذلك وورد خطاب مطلق حمل على العرف ، والعرف ما اخترناه .

وقال العلامة في المختلف بعد نقل ذلك عنه ، والجواب المنع من ذلك ، فان الشيخين أعرف باللغة ، ومقاصد العرب ، والمرجع في ذلك اليهم ، انتهى .

أقول : الظاهر أن الأقرب من هذه الأقوال هو ماذهب إليه ابن إدريس (رحمة الله عليه) لشهادة ما استند إليه من البيت بذلك ، فإنه ظاهر فيما ادعاه من أن المراد بقومه هم الأهل والعشيرة ، وجواب العلامة له بما ذكره مجرد تحامل عليه ، كما هو عادته غالباً ، وأما مايشير إليه كلام ابن إدريس من ورود رواية بتفسير القول بما ذكره الشيخان وأتباعهما فلم تصل الينا ، ولا نقلها غيره ولو ثبتت لما كان عنها معدل ، وكلام ابن إدريس هنا في المنع من العمل بها على قاعدته غير مسموع ولا موجه ، ومن المحتمل قريباً ان ابن إدريس ظن أن الشيخين إنما ذكرا ذلك لرواية وصلت إليهما ، فطعن فيها بما ذكره ، ومثل ذلك كثير في كلامه مع الشيخ من نسبة كلام الشيخ إلى أخبار الاحاد ، مع أنه ليس ثمة خبر .

ومنها ما لو وقف على عشيرته ، فقال الشيخان : إنه على الخاص من قومه الذين هم أقرب إليه في نسبه ، وبه قال سلار وابن البراج وابن إدريس ، وقال: أبو الصلاح بعمل بالمعلوم من قصده ، فان لم يعرف عمل بعرف قومه في ذلك الاطلاق ، قال : وروى أنه إذا وقف على عشيرته كان على الخاص من قومه الذين هم أقرب الناس إليه في نسبه ، مع أنه قال عقيب ذلك : إذا وقف على قومه كان ذلك على جميع أهل لغته من الذكور دون الأناث .

---

(١) سورة الحجرات ـ الآية ١١ .

أقول : ما ذكره هنا من الرواية أيضاً فانا لم نقف عليها ولم تصل الينا ، ومن المحتمل قريباً ان هذه الرواية وكذا المذكورة في سابق هذا الموضع إنما هي من روايات العامة ، فان أصحابنا كثيراً ما يستسلفون رواياتهم في امثال هذه المقامات سيما مع عدم ورود نص من طرقهم ، والله العالم .

المسئلة الخامسة : إذا قال : وقفت على أولادي ثم على الفقراء ، فان أضاف إلى ذلك ما يدل على الاختصاص بأولاد الصلب كقوله أولادى لصلبي ونحوه أو ما يدل على العموم لكل من تناسل منه ، بان يقول : على أولادي والحال أنه لا ولد له لصلبه ، أو يقول : إلا ولد البنات ، أو إلا ولد فلان ، أو قال : يفضل البطن الأعلى على التالي أو نحو ذلك ، فانه لا خلاف ولا اشكال في التخصيص في الأول ، والعموم في الثاني ، إنما الخلاف فيما لو أطلق ، فالمشهور بين المتأخرين هو الاختصاص بأولاد الصلب ، وهو قول الشيخ في المبسوط وابن الجنيد ، لأنهم الأولاد ، إذهم المتولدون من نطفته ، واطلاقه على أولاد الأولاد مجاز ، والمشهور بين المتقدمين العموم لكل من تناسل منه ذكوراً وأناثاً حقيقة ، وهو قول الشيخ المفيد وابن البراج وأبو الصلاح وابن إدريس وغيرهم .

وقال الشيخ المفيد في المقنعة : وإذا وقف الأنسان ملكاً على ولده ولم يخص بعضاً من بعض بالذكر والتعيين كان لولده الذكور والأناث وولد ولدهم ، وقال ابن إدريس في السرائر : وإذا وقف على أولاده فحسب ، ولم يقل لصلبه دخل فيهم أولاد أولاده ، ولد البنين والبنات ، بدليل اجماع أصحابنا ، ولان اسم الولد يقع عليه لغة وشرعاً ، وقد أجمع المسلمون على أن عيسى عليه السلام ولد آدم ، وهو ولد ابنته ، وقال النبي(١) (صلى الله عليه وآله وسلم) في الحسن والحسين عليهما السلام « ابناي هذان امامان قاما أو قعدا » ولا خلاف بين المسلمين في أن الانسان لا يحل له نكاح بنت

(١) البحار ج ٤٣ ص ٢٧٨ .

بنته ، مع قوله تعالى(١) «حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم» وبنت البنت بنت بغير خلاف ، فاما استشهاد المخالف على خلاف ما ذكرناه بقول الشاعر :

بنونا بنوا أبنائنا ، وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد

فانه مخالف لقول الرسول(صلى الله عليه وآله وسلم) وقول الأمة والمعقول فوجب رده ولا يقضي بهذا البيت من الشعر على القرآن والاجماع ، الى آخر كلامه زيد في اكرامه .

والعجب من أصحابنا المتأخرين حيث خصوا الخلاف في كون المتولد من البنت ابناً حقيقة أم لا ؟ بالمرتضى(رضي الله عنه) وكلام هؤلاء المذكورين مما نقل هنا ومالم ينقل صريح في أنه إبن حقيقة ، ونحو ذلك كلام الشيخ في الخلاف في هذا الكتاب ، فإنه قال: اذا وقف على أولاده وأولاد أولاده دخل أولاد البنات فيه ، ويشترك فيه مع أولاد البنين الذكر والأنثى فيه سواء ، ثم نقل أقوال العامة واختلافهم إلى أن قال : دليلنا اجماع المسلمين على أن عيسى بن مريم من ولد آدم ، وهو ولد ابنته ، لأنه ولد من غير أب ، وأيضاً دعاء رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) الحسن ابناً وهو ابن بنته(٢) ، فقال: لاتزرموا على ابني أو لا تقطعوا عليه بوله ، وكان قد بال في حجره فهموا بأخذه ، فقال : ذلك» فاما استشهادهم بقول الشاعر بنونا ثم ذكر البيت ثم قال فانه مخالف لقول النبي(صلى الله عليه وآله وسلم) واجماع الأمة والمعقول ، فوجب رده ، على أنه إنما أراد بذلك الشاعر الانتساب ، لأن أولاد البنت لاينسبون إلى أمهم وإنما ينسبون إلى أبيهم ، وكلامنا في غير الانتساب ، انتهى وهو الحق الحقيق بالاتباع ، وقد حققنا المسئلة بما لامزيد عليه ، ولاسبق سابق ولالحق لاحق من علمائنا إليه في كتاب الخمس (٣) ، والله العالم .

(١) سورة النساء ــ الاية ٢٣ .

(٢) معاني الاخبار ص ٢١١ ط ايران سنة ١٣٧٩ .

(٣) ج ١٢ ص ٣٩٠ الى ٤١٦ .

المسئلة السادسة : المشهور أنه لو وقف على مصلحة فبطل رسمها ، فإنه يصرف في وجوه البر ذكره الشيخ ، وتبعه الجماعة من غير نقل خلاف ، ويظهر من المحقق في النافع التوقف في ذلك ، حيث أنه نسب الحكم بذلك الى قول ، مؤذناً بالتردد فيه ، وعلّل القول المشهور بأن الملك خرج عن ملك الواقف بالوقف الصحيح أولاً ، فلا يعود اليه ، والقربة الخاصة قد تعذرت ، فانه يصرف الى غيرها من القرب ، لاشتراك الجميع في أصل القربة ، ولأنه أقرب شيء الى مراد الواقف ، ولا أولوية لما أشبه تلك المصلحة التي بطل رسمها ، لاستواء القرب في عدم تناول عقد الوقف لها ، وعدم قصد الواقف لها بخصوصها ، ومجرد المشابهة لادخل له في تعلّقه بها ، فيبطل القيد ، ويبقى أصل الوقف من حيث القربة .

واعترضه في المسالك قال : وفيه نظر ، فانه لايلزم من قصد القربة الخاصة وارادتها قصد القربة المطلقة ، فان خصوصيات العبادات مقصودة ، ولاتلزم ارادة بعضها من ارادة بعض ، انتهى .

وعلّل ما ذهب اليه المحقق في النافع بأنه حيث لادليل على القول المذكور فالأصل بقاء الملك ، خرج عنه مانص الواقف عليه ، فمع تعذره يرجع الوقف اليه مع وجوده ، ومع فقده الى ورثته ، كذا ذكره ابن فهد في شرحه على الكتاب .

أقول : لايخفى أن المسئلة المذكورة وان كانت غير منصوصة على الخصوص ، الا أن لها نظائر في الشرع عديدة قد ورد الحكم فيها بما ذكره الأصحاب ، ويرجع الجميع الى أنه مع تعذر ماعينه المالك من وصية أو نذر أو نحو ذلك ، مما يجب انفاذه شرعاً ، فإنه مع تعذر المصرف المخصوص يصرف في وجوه البر ، ولا يرجع الى الورثة ، وان خالف فيه بعض الأصحاب كما هنا ، فاوجب رده الى الورثة مع تعذر المصرف ، الا أنه محجوج بالأخبار الدالة على ما ذكرناه ، فمن ذلك مالو أوصى بأبواب عديدة من الوصايا فنسي باباً أو أبواباً ، فانه يصرف في وجوه

البر كما رواه المشايخ الثلاثة عن محمدبن الريان (١) « أنه كتب الى أبي الحسن محمد بن علي عليهما السلام يسأله عن انسان أوصى بوصية ، فلم يحفظ الوصي إلا باباً واحدا منها كيف يصنع في الباقي ؟ فوقع عليه السلام الابواب الباقية يجعلها في البر » .

وذهب ابن ادريس هنا والشيخ في المسائل الحائريات الى أنه يرجع ميراثاً حيث أن الوصية بطلت ، لامتناع القيام بها ، والنص كما ترى بخلافه ، ومن ذلك مارووه (عطر الله تعالى مراقدهم) عن علي بن يزيد صاحب السابري (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث طويل يتضمن أنه أوصى رجل بتركته إلى علي المذكور ، وأمره أن يحج بها عنه ، « قال : فنظرت فاذاهو شيء يسير لا يكفي للحج ، فسألت الفقهاء من أهل الكوفة فقالوا : تصدق بها عنه ، فتصدق به ثم لقي بعد ذلك أبا عبدالله عليه السلام فسأله وأخبره بما فعل ، فقال : ان كان لايبلغ أن يحج به من مكة فليس عليك ضمان وان كان يبلغ مايحج به فأنت ضامن » والتقريب فيه أنه قرره على الصدقة اذا لم يبلغ الحج به من مكة ، ولم يحكم بكونه ميراثاً .

وفي جملة وافرة من الأخبار (٣) ما يدل على أن ما أوصى به بالكعبة أو كان هدياً لها أو نذراً فانه يباع ان كان جارية ونحوها ، وان كان دراهم فانه يصرف في المنقطعين من زوارها ، معللين عليهم السلام ذلك بأن الكعبة لاتأكل ولاتشرب ، فيصرف ذلك الى المحتاجين من زوارها ، وهو مؤيد لذلك .

وقد تقدمت الأخبار المشار اليها في آخر جلد كتاب الحج (٤) وهذه الأخبار

(١) الكافي ج ٧ ص ٥٨ ح ٧ ، التهذيب ج ٩ ص ٢١٤ ح ٢١ ، الفقيه ج ٤ ص ١٦٢ الباب ١١٠ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٢١ ح ١ بعنوان على بن فرقد ، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٨ ح ٤٦ بعنوان على بن مزيد .
وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٣ ح ١ و ص ٤٧٣ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٤ ص ٢٤٢ ح ٢ و ٣ ، التهذيب ج ٥ ص ٤٤٠ ح ١٧٥ ، الوسائل ج ٩ ص ٣٥٢ الباب ٢٢ .

(٤) ج ١٧ ص ٣٦٠ .

وان كان موردها الوصية كما في بعض ، والهدي كما في آخر ، والنذر كما في ثالث ولم يتضمن شيء منها حكم الوقف إلا أنهما يتبادر منها الى الفهم السليم والذهن القويم كون الوقف كذلك ، فان الجميع مشترك في الخروج عن المالك بما وقع من وقف أو وصية أو نذر أو نحوها ، فعوده اليه عند تعذر المصرف المخصوص يتوقف على الدليل ، ولا دليل ، بقي الأمر في أنه متى لم يرجع اليه فلابد من مصرف ، وهذه الأخبار قد عينت مصرف ما اشتملت عليه بأنه أبواب البر ، وان كان مخصوصاً في بعضها بنوع خاص ، كما في أخبار الكعبة ، فلابد أن يكون مصرف الوقف كذلك للاشتراك في العلّة ، وإلا بقي بغير مصرف وهو باطل اجماعاً .

وما ذكره في المسالك في الاعتراض على دليل القول المشهور من أنه لا يلزم من قصده القربة الخاصة وارادتها قصد القربة المطلقة الى آخره ، وارد في هذه الأفراد التي ذكرناها ، مع أن الأخبار قد صرحت بخلافه ، وحينئذ فلا اعتماد عليه ، اذ لو كان صحيحاً في حد ذاته لكان كلّياً في جميع هذه الموارد ، مع أن الأخبار كما دريت على خلافه .

وأما ما ذكره في المسالك على أثر الكلام المتقدم حيث قال : والتحقيق أن المصلحة المذكورة الموقوف عليها لا يخلو من أن يكون مما ينقرض غالباً أو يدوم غالباً أو يشتبه الحال ، والاول كما لو وقف على شجر مخصوص كالتين والعنب ، وهذا الوقف يكون كمنقطع الاخر اذ هو بعض أفراده ، فيرجع بعد انقضائه الى الواقف ، أو ورثته على الخلاف ، حيث لا يجعله بعده لمصلحة اخرى تقتضي التأبيد .

والثاني كالوقف على مصلحة عين من ماء مخصوص ونحوه مما تقضي العادة بدوامه ، فيتفق عوزه أو على قنطرة على نهر يتفق انقطاعها ، وانتقاله عن ذلك المكان حيث لا تكون العادة قاضية بذلك ، والمتجه فيه ما ذكره الأصحاب لخروج الملك عن الواقف بالوقف ، فعوده يحتاج الى دليل ، وهو منتف ، وصرفه في وجوه البر أنسب بمراعاة غرضه الأصلي ان لم يجز صرفه فيما هو أعم منه .

والثالث كالوقف على مسجد في قرية صغيرة أو على مدرسة كذلك بحيث يحتمل انقطاع مصلحته كما يحتمل دوامها ، وفي حملها على أي الجهتين نظر ، من أصالة البقاء فيكون كالمؤبد ، والشك في حصول شرط انتقال الملك عن مالكه مطلقاً الذى هو التأبيد ، فيحصل الشك في المشروط ، فلا نحكم إلا بالمتيقن منه ، وهو خروجه عن ملكه مدة تلك المصلحة ، ويبقى الباقي على أصلية البقاء على ملك مالكه ، انتهى .

ففيه أنه لا يخفى على المتأمل في هذا الباب أن أصل هذا الحكم لا نص عليه ، ولا دليل في الوقف على المصالح ، بل هو بمقتضى قواعدهم باطل غير صحيح ، لما تقدم أن من جملة شروط الموقوف عليه عندهم أن يكون موجوداً له أهلية التملّك والحكم بصحة الوقف على هذه الكيفية انما استندوا فيه الى ان الوقف هنا في الحقيقة وقف على المسلمين ، وان كان باعتبار مصلحة خاصة ، وحينئذ فاذا كان الموقوف عليه انما هو المسلمون ، فانه لا يلزم من بطلان تلك المصلحة بطلان الوقف ، بل يجري في غيرها من مصالحهم بأي نحو كانت تلك المصلحة الموقوف عليها أولاً من الانحاء التي ذكرها .

بقي الكلام في أنه هل يتعين الأقرب فالأقرب الى تلك المصلحة أم لا ؟ وجهان أحوطهما الأول ، هذا وعندي في أصل الحكم أعني الوقف على المصالح اشكال ، حيث لم أقف على خبر دال على شيء من أفراد هذا النوع ، فضلاً عن أن يدل عليه بأمر كلي ، وغاية ما يتعلّقون به ويدور في كلامهم الوقف على المساجد ، وقد عرفت أن ظاهر الصدوق المنع منه ، للخبرين المتقدمين ، وظاهر الخبرين المذكورين ذلك أيضاً ، وبذلك يظهر أن تعميم الكلام في المصلحة المذكورة الى شمول مثل شجر العنب والتين وعين الماء كما تقدم في كلام شيخنا المشار اليه مشكل ، والله العالم .

بقي فيما يتعلّق بهذا المطلب أمور يجب التنبيه عليها ، أحدها : لو وقف على

بني تميم أو بني هاشم ، فالمشهور الصحة ،ويصرف إلى من يوجد منهم ، وقال ابن حمزة : لا يصح الوقف على بني فلان ، وهم غير محصورين ، وما ذهب اليه ابن حمزة هو قول الشافعي ، معلّلاً بالجهل في المصرف ، حيث انه متعذر استيعابهم وحصرهم وفي التذكرة أسند القول بالصحة الى علمائنا ، مؤذناً بدعوى الاجماع عليه ، ورد ما ذكره ابن حمزة والشافعي بالأخبار والاجماع الدالّين على صحة الوقف على الفقراء والمساكين والمؤمنين مع انتشارهم وعدم حصرهم .

أقول : ويدل عليه مارواه في الكافي عن علي بن محمد بن سليمان النوفلي (١) « قال : كتبت الى أبي جعفر الثاني عليه السلام أسأله عن أرض وقفها جدي على المحتاجين من ولد فلان ابن فلان ، وهم كثير متفرقون في البلاد ، فأجاب : ذكرت الأرض التي وقفها جدك على فقراء ولد فلان بن فلان وهي لمن حضر البلد الذي فيه الوقف وليس لك أن تتبع من كان غائباً » .

ورواه الشيخ مثله ، (٢) إلا أنه قال : من ولد فلان بن فلان الرجل يجمع القبيلة ، وهم كثير متفرقون في البلاد وفي ولد الواقف حاجة شديدة فسألوني أن أخصهم بهذا دون سائر ولد الرجل الذي يجمع القبيلة ، فأجاب عليه السلام كما تقدم .

وثانيها المشهور بينهم جواز الوقف على الذمي ، لأن الوقف تمليك فهو كاباحة المنفعة وقيل : لا يصح ، لأنه تشترط فيه نيّة القربة .

أقول : مرجع هذا الخلاف الى ما تقدم في الوقف على الكافر ، فان اشترط التقرب في الوقف بطل هذا الوقف ، وإلا فلا ، وقد مر تحقيق الكلام في هذا المقام .

وثالثها ـ المشهور أنه لو وقف ولم يذكر المصرف بطل الوقف ، لأن الوقف تمليك فلابد من ذكر المالك ، كالبيع والهبة ونحوهما ، فلو قال : بعت داري

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٨ ح ٣٧ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٣٣ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٨ ح ١ .

بكذا أو وهبتها ولم يذكر المشتري ولا الموهوب بطل اجماعاً .

أقول : ويؤيده ماتقدم ذكره من أن الوقف من العقود الناقلة للملك ، فلابد فيه من دليل يدل على ما يحصل به النقل ، والعقد بهذه الكيفية لم يقم دليل على كونه ناقلاً ، وبالجملة بقاء الملك حتى يقوم دليل شرعي على نقله أقوى دليل في المقام .

ونقل عن ابن الجنيد الصحة ، قال : ولو قال : صدقة لله ولم يذكر من تصدق بها عليه جاز ذلك ، وكان ذلك في أهل الصدقات الذين سماهم الله لأن الغرض من الوقف الصدقة والقربة ، وهو متحقق ، وأورد عليه بأن الغرض من الوقف ليس مطلق القربة بل القربة المخصوصة ، أقول: والأظهر في رده هو ما قدمنا ذكره .

ورابعها ـ المشهور أنه إذا وقف على أولاده أو اخوته أو ذوي قرابته ولم يفضل بعضاً على بعض ، فان مقتضى الاطلاق الاشتراك والتساوي بين الذكور والاناث ، والأقرب والأبعد ، والوجه في ذلك هو أن كل من تناوله أحد هذه الألفاظ ونحوها دخل في الحكم المذكور ، والاشتراك يقتضي التسوية ، وبعض هذه الألفاظ وان كان مخصوصاً بالذكور كالأخوة مثلاً إلا أنه لاخلاف في دخول الاناث تبعاً ، كما في سائر الأحكام الشرعية التي مورد الاخبار فيها الذكور ، الامع قيام دليل على التخصيص ، ونقل عن ابن الجنيد هنا أنه مع الاطلاق يكون للذكر مثل حظ الانثيين ، حملاً على الميراث ، وكذا لو قال : لورثتي وفيه أنه قياس مع الفارق .

المطلب السادس في اللواحق :

وفيه مسائل : **الاولى** ـ اختلف الأصحاب (رحمهم الله) في أن الوقف هل ينتقل عن ملك الواقف أم لا ؟ وعلى الأول فهل ينتقل إلى الموقوف عليه أم إلى الله تعالى ؟ أم يفصل في ذلك بين ما كان الوقف لمصلحة أو جهة عامة ؟ فانه ينتقل الى الله عز وجل ، وماكان الموقوف عليه ممن يصح تملكه ، فانه ينتقل إليه ، فالكلام هنا يقع في مقامين : **الاول** ـ أنه هل ينتقل الموقوف بالوقف عن ملك الواقف أم لا ؟ المشهور الأول ، ونقل عن ظاهر أبي الصلاح وأسنده في المسالك

أيضاً إلى اختيار جمع من العامة أنه يبقى على ملك الواقف ، احتج الأولون بأن الواقف يزيل التصرف في العين والمنفعة ، فيزيل الملك كالعتق ، ولأنه لو كان باقياً على ملكه لرجعت إليه قيمته .

احتج الآخرون بقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) (١) « حبس الأصل وسبل الثمرة» وسيأتي أن التحبيس على الآدمي لايخرج عن الملك ، ولجواز ادخال من يريد مع صغر الأولاد ، ولو انتقل لم يجز ذلك ودليل الصغرى قد تقدم ، والكبرى ظاهرة ، وأجيب عن الأول بأن المراد بتحبيس الأصل أن يكون محبوساً على ملك الموقوف عليه ، وما في معناه لايباع ولايوهب ولايورث، والملك إنما زال على هذا الحد من الشرائط ومطلق الحبس لايدل على عدم الخروج ، فان منه ما يخرج عن الملك ، مع أن هذا الحبس ليس هو ذلك ، لأنه قسيمه ، فلايكون قسماً منه ، بل هذا حبس أقوى .

وعن الثاني بأن أدخال من يريد من أولاده ان سلم ، فبدليل من خارج .

أقول : لا يخفى على من لاحظ الأخبار المتقدمة سيما أخبار صدقاتهم (٢) عليهم السلام ووقوفهم أنه لايرتاب في دلالتها على خروج الوقف عن ملك الواقف ، وصيرورته كالأجنبي خصوصاً ما دل على نصب القيم بذلك الوقف ، وان مورد الصدقة فيها التي هي عبارة عن الوقف كما عرفت هو العين بأن قصد المتصدق بها ابتغاء وجه الله سبحانه ، بمعنى أنه أخرج هذه العين عن ملكه الى ملك أولئك الموقوف عليهم ابتغاء وجه الله ، ويؤكده قوله (٣) عليه السلام في بعضها صدقة بتلاً بتاً أي منقطعة عن صاحبها الأول ، ومبانة عنه ، فان البتل لغة القطع ، والبت أيضاً بمعناه ، وفي حديث صدقة الكاظم (٤) عليه السلام وفي حديث صدقة أمير المؤمنين عليه السلام بأمواله هذه

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥١١ الباب ٢ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٧ باب صدقات النبي (ص) وفاطمة والائمة (عليهم السلام) ووصاياهم .

(٣) و (٤) الكافي ج ٧ ص ٥٤ ذيل ح ٨ و ص ٤٩ ح ٧ ، وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣١١ الباب ١٠ .

صدقة واجبة بتلة حياً أنا أو ميتاً ينفق في كل نفقة يبتغى بها وجه‌الله الى آخره ، وبتلة منقطعة عن صاحبها .

وفي صحيح محمدبن مسلم والحلبى(١) عن أبي عبدالله عليه‌السلام قالا سألناه عن صدقة رسول‌الله (صلى‌الله عليه وآله وسلم) وصدقة فاطمة عليها‌السلام قال : صدقتها لبنى هاشم وبنى المطلب » واللام للملك ، ونحوه رواية أبي مريم ، وبالجملة فالظاهر أنه لاخلاف في ضعف القول المذكور ، والله العالم .

الثاني ـ أنه على تقدير الانتقال هل ينتقل الى الموقوف عليه أم الى الله سبحانه ، أم التفصيل ؟ أقوال : أشهرها الأول ـ قال الشيخ في المبسوط : إذا وقف وقبض زال ملكه عنه على الصحيح ، وملكه الموقوف عليه ، واختاره ابن إدريس وغيره ، ونقل ابن إدريس عن بعضهم أنه ينتقل الى الله ، وحكاه الشيخ في المبسوط عن قوم ، والقول بالتفصيل اختيار شيخنا الشهيد الثاني في المسالك .

استدل للقول الأول ، بأنه مال لثبوت أحكام المال فيه ولهذا يضمن بالقيمة ، فكان ملكاً كأم الولد ، وبهذا النحو وان كان مجملاً استدل المحقق في الشرايع ، وأوضحه في المسالك بأنه مال مملوك لوجود فائدة الملك فيه ، وهى ضمانه بالمثل والقيمة ، وليس الضمان للواقف ولا لغيره ، فيكون للموقوف عليه .

وأورد عليه بأنه ينتقض ذلك ببوارى المسجد والأمة ، فانها تضمن بالقيمة ، وملكها لله تعالى لا للناس .

واحتج القائل بالقول الثاني بأن الوقف ازالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القربة ، فانتقل الملك الى الله تعالى كالعتق ، ولأنه ممنوع من بيعها فلو ملكها لكان له سبيل الى اخراجها عنه ، لأن « الناس مسلطون على اموالهم» (٢) وأجاب في المختلف بظهور الفرق بين العتق والوقف ، قال : لأن العتق اخراج عن المالية

(١) الكافـي ج ٧ ص ٤٨ ح ٢ ، الوسائـل ج ١٣ ص ٢٩٤ ح ٨ .
(٢) البحـار ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧ .

بالكلية ، وازالة التسلط عن العبد بالنسبة الى كل أحد والمنع من البيع ، لايقتضي الخروج عن الملك ، كأم الولد .

وأما القول بالتفصيل فاستدل عليه في المسالك قال : بعد ان اختار القول بالانتقال عن الواقف لكن هذا إنما يتم في الموقوف عليه المعين المنحصر ، أما لو كان على جهة عامة أو مسجد أو نحوه فالأقوى أن الملك فيه لله تعالى لتساوى نسبة كل واحد من المستحقين إليه ، واستحالة ملك كل واحد ، أو واحد معين ، أو غير معين للاجماع ، واستحالة الترجيح ، ولا المجموع من حيث هو مجموع ، لاختصاص الحاضر به ، انتهى .

أقول : لايخفى على من راجع الاخبار وقطع النظر عن كلامهم فان المستفاد منها أنه متى كان الموقوف عليه موجوداً منحصراً فإنه ينتقل الملك إليه ، ولهذا دلت على اشتراط قبضه ، أو قبض وليه ، ليتم بذلك الملك ، ويمتنع الرجوع فيه كما تقدمت الأخبار به ، ومتى كان الموقوف عليه جهة عامة كالفقراء أو مصلحة كالمساجد فان غاية مايفهم منها هو أنه بالوقف يخرج من ملك الواقف ، وأما أنه يصير إلى الله سبحانه أو غيره ، فلا دلالة في شيء من الأخبار عليه ، وإنما يدل على أنه بعد الوقف وخروجه عن ملك الواقف يجب ابقاء العين ، ولايجوز التصرف فيها ببيع ولاهبة ولاميراث ولانحو ذلك من الامور الموجبة لاخراجها عما صارت إليه وصرف حاصلها في تلك الجهة ، أو المصلحة المعينة .

وأما أنه يشترط القبض فيها كما هو المشهور من أن القبض شرط في صحة الوقف مطلقاً ، فيجب القبض هنا من القيم الذي ينصبه الواقف ، أو الحاكم الشرعي أو غير ذلك ، فلا دليل عليه في الأخبار ، ومورد القبض فيها إنما هو فيما إذا كان الموقوف عليه موجوداً معيناً محصوراً ، على أن المراد من كونه في هذه الصورة ملكا لله كما صرح به في المسالك إنما هو الكناية عن عدم انتقاله الى أحد من الآدميين .

قال : والمراد بكون الملك لله تعالى انفكاك الموقوف عن ملك الآدميين واختصاصهم ، لا كونه مباحاً كغيره مما يملكه الله تعالى ، انتهى وهو يرجع الى ما ذكرناه .

وفي خديث وقف أمير المؤمنين عليه السلام أمواله (١) على جهة الطاعات والقربات وصلة الرحم بعد أن جعل الولي القيم بذلك الحسن ثم الحسين عليهما السلام ثم من يختاره الحسين عليه السلام ما صورته « وأن يشترط على الذي يجعله إليه ان يجعل المال على أصوله ، وينفق الثمرة حيث يأمره به من سبيل الله ، وذوى الرحم من بنى هاشم وبني المطلب القريب والبعيد لايباع منه شيء ، ولا يوهب ، ولا يورث » الحديث ، وليس فيه كما ترى أزيد من أنه بعد الوقف يجب ابقاء أصوله على ما هي ، ولا يتصرف فيها بشيء من هذه التصرفات ونحوها ، ويصرف الحاصل في الوجه الذي عينه ، ولا دلالة فيه على الانتقال لأحد ، وهو ظاهر في الرد على القول المشهور من أنه ينتقل في هذه الصورة الى الموقوف عليه ، وليس في الخبر أيضاً على طوله مايشعر بأنه أقبضه أحداً ، بل ظاهره أنه مدة حياته عليه السلام كان في يده يصرفه في الوجوه المذكورة ، وبعد موته فوض الأمر فيه الى الحسن ثم الى الحسين عليهما السلام ثم من ذكره في الخبر ، ولو كان القبض في هذه الصورة شرطاً في صحة الوقف لوقعت الاشارة إليه في الخبر ، واحتمال أنه قبضه بالولاية العامة وان أمكن ، إلا أن الظاهر بعده ، إذ هو فرع وجود الدليل على اشتراط القبض في هذه الصورة ونحوها ، وقد عرفت أنه لا دليل على ذلك فيها سوى الصورة المتقدمة .

فروع :

الاول : قال في المختلف : ان قلنا بأن الوقف ينتقل الى الموقوف عليه ثبت بشاهد ويمين ، لأن المقصود منه المال ، وان قلنا انه ينتقل الى الله تعالى لم يثبت

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٩ ح ٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٢ ح ٤ .

بالشاهد واليمين ، كالعبد لوادعى العتق ويحتمل عندي ثبوته بالشاهد واليمين ، وان لم ينتقل اليه ، لانه يحلف لتحصيل غلته ومنفعته ، فلما كان المقصود من الوقف المنفعه ، وهي مال يثبت بالشاهد واليمين ، بخلاف حرية العبد ، لان المقصود منها تكميل الاحكام ، انتهى .

أقول : ما ذكره جيد فيما اذاكان الموقوف عليه معينا محصوراً ، أما لو كان الموقوف عليه الجهة أو المصلحة كما هومقتضى القول بالتفصيل الذي شرحناه ، فاشكال لما عرفت من أن غلة الوقف هنا لامالك لها معيناً ، ليقيم الشاهد ، ويحلف معه ، سيما اذاكان الوقف لمسجد ونحوه ، والقيم لا تعلق له بذلك الامن حيث صرف الغلّة وحفظ الأصول ونحو ذلك ، ولأنه غير مالك للغلّة ، اذ هو غير داخل في الموقوف عليه ، والله العالم .

الثاني : قالوا : لو أعتق العبد الموقوف عليه لم يصح ، لتعلق حق البطون به قيل : في توجيهه لما كان الحكم بانتقال الملك الى الموقوف عليه ربما أوهم جواز تصرفه في العين بالعتق وغيره ، والأمر ليس كذلك ، نبهوا على منعه أيضاً ، وعلّلوا بأنه وان كان مالكاً الا أن الحق غير منحصر فيه ، بل مشتركاً بينه وبين ما بعده من البطون ، وان لم تكن موجودة بالفعل ، فتصرفه فيه بالعتق يبطل حقهم .

أقول : لا يخفى أن الأخبار قد تكاثرت بأن الوقف لا يباع ولا يوهب ولا يورث بعد أنه عقد صيغة الوقف ، والانتقال عن الواقف يجب ابقاؤه على حاله ، لا يتصرف فيه بما يوجب النقل بأي وجه كان ، وهذه الألفاظ انما خرجت مخرج التمثيل ، والمراد إنما هو ما ذكرناه كما يشير اليه قول أمير المؤمنين عليه السلام فيما تقدم قريباً « وأن يجعل المال على أصوله ، وينفق الثمرة حيث أمره ، الى أن قال : لا يباع منه شيء ولا يوهب ، ولا يورث وفي آخر لا تباع ولا تورث ، ولا توهب ، فمن باعها أو وهبها فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين » .

وفي ثالث لا تباع ولا توهب حتى يرثها وارث السموات والأرض .

وفي رابع حتى يرثها الله الذي يرث السموات والأرض» والمراد بجعل المال على أصوله يعني جعله على الوجه الذي عينه الواقف من كونه لا يتصرف فيه بشيء من الوجوه الناقلة، الى أن يرثه وارث السموات والأرض، ولاريب أن العتق تصرف ناقل، ومخرج عما عينه الواقف، سواء كان الوقف ـ بعد الموقوف عليه ـ راجعاً الى البطون أو أحد الجهات العامة والمصالح، وبه يظهر ما في العبارة المتقدمة من الحزازة،

الثالث: لو كان العبد مشتركاً بين اثنين بالمناصفة، فوقف أحدهما نصفه، ثم أعتق الآخر نصفه فهل يسرى عليه ويعتق أجمع، أم لا؟ قالوا: يبنى على أن الملك في الوقف هل بقى للواقف، أم انتقل الى الله تعالى، أم إلى الموقوف عليه؟ فعلى الأولين لاسراية لانه على تقدير عدم انتقاله عن الواقف في معنى اعتاقه، وهو ممتنع أيضاً لما يستلزم من ابطال حق الموقوف عليه، وعلى تقدير انتقاله الى الله تعالى يكون في معنى التحرير الذي لايقبل التحرير ثانياً.

وأما على تقدير انتقاله الى الموقوف عليه فان الأكثر على عدم السراية أيضا، قيل: بل كاد أن يكون اجماعاً، وعلل بأن العتق لاينفذ في الحصة الموقوفة مباشرة، كما تقدم، فبالأولى أن لاينفذ فيها سراية.

وقيل: بالسراية والفرق بين المباشرة والسراية بما هو مذكور في كلامهم، ولهم في المقام كلام لا فائدة في التعرض لذكره، فانه لا يخفى على من لاحظ أخبارهم عليهم السلام في المقام، أن جميع ما أطالوا به من الكلام والنقض والابرام كله نفخ في غير ضرام لأنها قد صرحت كما تقدم ذكره بأنه بعد عقد الوقف الجامع لشرائط الصحة يجب ابقاء العين الموقوفة، بمعنى أنه لايتصرف فيها بنقل، وانما المتصرف في حاصلها بصرفه على من وقف عليه من بطون أو جهة أو مصلحة، وأنه يجب ابقاء العين على الوجه المذكور الى أن يرثها الله تعالى وارث السموات والارض، وهو

كناية الى التأبيد الى يوم القيمة ، وهومعنى الخبر النبوى (١) « حبس الأصل وسبل الثمرة » ولامعنى لحبسه الاعدم التصرف فيه بوجه ناقل عما هو عليه بعد الوقف ،ونحوه قول أميرالمؤمنين عليه السلام المتقدم ، ويجعل المال على أصوله وينفق الثمرة » وبذلك يظهر لك أن هذا الخلاف والتفريع على ماذكروه من تلك الأقوال التي قدعرفت خروج أكثرها عن جادة الأعتدال كله تطويل بغير طائل والله العالم .

الرابع : قالوا : مما يتفرع على الخلاف المتقدم نفقة العبد الموقوف ، فان جعلناه للموقوف عليه ، كما هو أحد االأقوال ، ففي نفقته وجهان : بل قولان : أحدهما للشيخ في المبسوط ، وهوأنها في كسبه ، لأن نفقته من شروط بقائه ، كعمارة العقار وهي مقدمة على حق الموقوف عليه ، ولأن الغرض بالوقف انتفاع الموقوف عليه ، وهو موقوف على بقاء عينه ، وانما يبقى بالنفقة فيصر كأن قد شرطها من كسبه .

والثاني ـ والظاهر أنه الأقرب وقواه في المسالك وهو اختيار العلامة في المختلف وغيره أيضا ، وجوب النفقة على الموقوف عليه ، لأنه ملكه ، والنفقة تابعة للملك .

أقول : ويؤيده أن منافعه مستحقة للموقوف عليه بالوقف ، وربما أوجب سعيه في كسب النفقة وتحصيلها تفويت المنافع المذكورة ، فلاثمرة للوقف حينئذ وما تقدم من الاستدلال على كونها في كسبه بأن النفقة من شروط بقائه مسلم ، ولكن لايستلزم ذلك أن يكون من كسبه ، بل الواجب على الموقوف عليه ذلك للغرض المذكور .

وان قلنا بكونه لله عزوجل فانهم بنوه على أن نفقة مستحق المنافع كالأجير الخاص والموصى بخدمته على مستحقها ، أم لا ؟ فان جعلناها عليه ، فهي هنا على الموقوف عليه أيضاً ، وإلا ففي كسبه ، فان تعذر ففي بيت المال ، وان قلنا بكونه للواقف فاشكال .

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥١١ الباب ٢ ح ١ .

قال في المسالك : وعلى القول بكون المالك هو الواقف ، فالنفقة على الموقوف عليه على الأول ، وعلى الواقف على الثاني ، انتهى .

وهو غير ظاهر المراد، ولعل ذلك لغلط في العبارة المذكورة وبالجملة حيث كانت المسئلة خالية من النص فللتوقف فيها مجال، إلا أنه يمكن الكلام في ذلك جرياً على قواعدهم بأن يقال : انك قد عرفت آنفاً أن الأظهر هو انتقال الوقف الى الموقوف عليه ان كان معينا ، وان كان جهة أو مصلحة فهو غير مملوك لأحد ، وهو الذي عبروا عنه بأنه ملك لله سبحانه ، وعلى الاول فان مقتضى القول بالملك وجوب النفقة على المالك كما هو أحد القولين المتقدمين ، وأشهرهما وأظهرهما .

وعلى الثاني فان الظاهر أن النفقة تكون في كسبه مقدمة على حق الموقوف عليه ، فان قصر كسبه ففي بيت المال ان كان ، والا وجبت كفاية على المكلفين كغيره من المضطرين ، وأما البناء على أن نفقته على مستحق المنافع كما تقدم ، فالظاهر بعده ، لان مستحق المنافع قد لا يكون له مال ، من أجل ذلك كان أحد الاقوال فيه أن نفقته على نفسه ، وليست على المستأجر كما تقدم تحقيق القول فيه في كتاب الاجارة على أن البناء على نقل ذلك لا يخرج عن القياس الخارج عن أصول الشريعة .

ولو مات العبد فمؤنة تجهيزه كنفقته حال حياته ، ولو كان الوقف عقاراً فانهم صرحوا بأن نفقته حيث شرط الواقف ، فان انتفى الشرط ففي غلته مقدمة على الحق الموقوف عليه ، فان قصرت لم يجب الاكمال .

أقول : ويدل على الاخراج من الغلّة مقدماً على حق الموقوف عليه قول الكاظم عليه السلام(١) في حديث وقف أرضه المتقدم ذكره ، « يقسم واليها ما أخرج الله من غلّتها بعد الذي يكفيها من عمارتها ، ومرافقها بين ولد موسى الى آخره » ولو عدمت الغلّة لخراب الوقف واضمحلاله لم تجب عمارته ، بخلاف الحيوان لوجوب صيانة روحه .

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٥٣ ح ٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٤ ح ٥ .

ولو صار العبد الموقوف مقعداً أو عمي أو جذم انعتق ، وبطل الوقف وسقطت عنه الخدمة ، وقضية ذلك سقوط النفقة عن مولاه ، لأن وجوب النفقة عليه من حيث أنه مملوك له ، والآن قد صار حرا ، وعلى هذا فنفقته مع عدم وجود باذل من الواجبات الكفائية على المسلمين كغيره من المضطرين ، والموقوف عليه من الجملة ، فالوجوب شامل له ، وان تغاير الوجه والله العالم .

المسئلة الثانية : لو جنى العبد الموقوف على غيره عمداً أو خطأً أو جني عليه فهنا مقامات ثلاثة : الأول ـ أن يجنى عمداً ولا خلاف في أنه يلزمه القصاص وان استلزم ابطال الوقف عمداً ، بما دل على وجوب القصاص من الجاني .

قال في المسالك : وهو موضع وفاق ، ثم انه ان كانت الجناية دون النفس قالوا : يبقى الباقي وقفاً لوجود المقتضي ، فان الوقف لا يبطل بتلف بعض الموقوف وهو ظاهر لا اشكال فيه ولا خلاف ، وان كانت الجناية النفس ، فان اختار الولي القصاص كان ذلك له ، ولا اشكال أيضاً ، وان اختار الولي الاسترقاق الذي هو أحد فردي الحقين المخير فيهما الولي فيما اذا كان الجاني عمداً عبداً ، فهل له ذلك أم لا ؟ قولان : فقيل : بالأول ، لأن المجني عليه له ابطال الوقف وإخراجه عن ملك الموقوف عليه بالقتل قطعاً ، والعفو عنه أمر مطلوب شرعاً ، وراجح قطعاً ، وفي استرقاقه جمع بين حق المجني عليه ، وفضيلة العفو ، فيكون أولى من القتل ، والى هذا القول مال في المسالك فقال : انه الأقوى .

وقيل: بالثاني وبه جزم المحقق في الشرايع والعلامة في الارشاد والتحرير وفي القواعد بعد أن أفتى بذلك قال : على اشكال ، وعلّل القول المذكور بأن الوقف يقتضي التأبيد مادامت العين باقية ، وهو ينافي استرقاقه ، لاستلزام بطلان الوقف مع بقاء عينه وخروجه عن الوقف في بعض الموارد لدليل خارج ، لا يقتضي التعدي بحيث لا دليل .

أقول : ومن تعارض هذين التعليلين استشكل في القواعد ، إلا أن شيخنا الشهيد الثاني في المسالك حيث اختار القول الأول أجاب عن هذا التعليل ، بأن

التأبيد الواجب في الوقف إنما هو من حيث لا يطرء عليه ماينافيه ، وهو موجود هنا فيما هو أقوى من الاسترقاق ، انتهى .

وبالجملة فالمسئلة لخلوها من النص محل اشكال ، لما عرفت من عدم الركون الى أمثال هذه التعليلات ، في تأسيس الأحكام الشرعية ، فكيف مع تعارضها ، الا أنه يمكن أن يؤيد ماذكره شيخنا المتقدم باطلاق الأخبار الواردة في المسئلة .

ومنها مارواه في الكافي والتهذيب عن أبان بن تغلب (١) عمن رواه عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : اذا قتل العبد الحر دفع الى أولياء المقتول ، فان شاؤا قتلوه ، وان شاؤا حبسوه ، وان شاؤا استرقوه ويكون عبداً لهم » وبهذا المضمون أخبار آخر هي المستند في أصل المسئلة ، والتقريب فيها هو أن العبد المذكور في هذه الأخبار شامل للموقوف والمطلق ، فانه بالوقفية لم يخرج عن العبودية ، وقد دلت على أن الحكم في العبد القاتل عمداً التخيير بين القتل والاسترقاق .

نعم ظاهر كلامهم يدعون الخروج عما دلت عليه هذه الأخبار بالنسبة الى جواز اختيار الاسترقاق بالمعارضة ، بأن الوقف يقتضي التأبيد مادامت العين موجودة ، فلا يجوز الاسترقاق وإلا للزم بطلان الوقف مع بقاء عينه ، وغاية ما يلزم من هذه المعارضة ، أنه قد تعارض هنا عموم الأخبار الدالة على جواز استرقاق العبد القاتل عمداً أعم من أن يكون وقفاً أو طلقاً ، وعموم الأخبار الدالة على أن الوقف يقتضي التأبيد مادام الموقوف موجوداً أعم من أن يكون عبداً قاتلاً أو غيره ، وتخصيص أحد العمومين بالآخر يحتاج الى دليل ، فمن أين يرجح ماادعوه من تخصيص العموم الأول بالثاني دون العكس ، بل يمكن ترجيح العكس ، باتفاقهم على الخروج عن العموم الثاني باختيار جواز القتل لهذه الأخبار ، وهي كما دلت على ذلك دلت على جواز اختيار الاسترقاق ، فالواجب تخصيص العموم الثاني بالأول ، والله العالم .

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٠٤ ح ٦ ، التهذيب ج ١٠ ص ١٩٤ ح ٦٣ ، الوسائل ج ١٩ ص ٧٣ ح ٢ .

الثاني ــ أن تكون الجناية خطأً وقد اختلف كلامهم في هذا المقام فقال الشيخ وجماعة : بأنها تتعلق بمال الموقوف عليه ، لتعذر استيفائها من رقبته ، اذلا يتعلّق الأرش إلا برقبة من يباع ، والبيع هنا ممتنع من حيث الوقف ، وحق الموقوف عليه ، فالواجب عليه أن يفديه بالأرش .

قال في المبسوط : إذا جنى العبد الموقوف جناية توجب المال لم يتعلق إلا برقبة من يباع فيه ، فأما رقبة من لايباع فالأرش لايتعلق بها ، إذا ثبت هذا فمن قال : أن الملك ينتقل اليه ، فهو في ماله ، ومن قال : ينتقل الى الله قيل : من مال الواقف ، لأنه الذي منع الرقبة من تعلّق الأرش بها ، وقيل : يكون في بيت المال كالحر ، انتهى .

وذهب المحقق في الشرايع الى أنه يتعلّق بكسبه ، قال : لأن المولى لايعقل عبداً ، ولايجوز اهدار الجناية ، ولاطريق إلى عتقه ، فيتوقع ، وبهذا القول صرح العلامة في التحرير والمختلف .

قال في المسالك : وهو الأقوى ، وهو اختيار الشهيد في الدروس ، معلّلاً بما ذكره المحقق بأن كسبه أقرب الأشياء الى رقبته ، فإذا تعذر تعلقه برقبته تعلّق بما هو أقرب إليه ، واحتمل في المختلف تعلّقها برقبته ، فيباع فيها كما يقتل في العمد ، والبيع أدون من القتل ، وهذا كلّه مبني على انتقال الملك الى الموقوف عليه .

أما على القول بانتقاله الى الله ، أو القول ببقائه على ملك الواقف كما تقدم نقله عن أبي الصلاح وبعض العامة ، فانهم قالوا : يحتمل تعلّق أرش الجناية بالوقف ، لأنه بوقفه منع من تعلّق الأرش برقبته ، ويحتمل أن تكون في بيت المال كالحر المعسر .

أقول : قد عرفت من كلام الشيخ المتقدم أنه حكى هذين الاحتمالين قولين في المسئلة ، وزاد بعضهم على هذا التقدير احتمال التعلق بكسبه أيضاً ، والظاهر

أن احتمال تعلّقها ببيت المال أو الكسب إنما هو بناء على القول بالانتقال الى الله، وإلا فعلى القول بالبقاء على ملك الواقف، فالمناسب هو كون ذلك على الواقف، للتعليل المتقدم، ثم انه على تقدير القول بتعلّقها بكسبه فلو لم يكن كسوباً قال في المسالك: اتجه تعلّق الجناية برقبته، وجواز بيعه كما يقتل في العمد، والبيع أدون من القتل.

أقول: قد تقدم في كلام العلامة احتمال التعلّق بالرقبة، وجواز البيع مطلقاً، ومن هنا أورد الشهيد (رحمة الله عليه) في شرح الأرشاد، وعلى عبارة الشيخ المتقدم الدالة على تعذر استيفاء الجناية من رقبته، لعدم صحة بيعه، بأن هذا إنما يتم لو لم يكن على منحصر، وكان المنحصر موسراً، وقد تلخص من ذلك احتمال التعلّق بالرقبة مطلقاً ومع العجز عن الكسب، ومع كون الموقوف عليه منحصراً معسراً، هذا حاصل كلامهم في المقام، والمسئلة محل توقف واشكال، والله العالم.

الثالث ـ لو جني عليه فان كانت جناية توجب القصاص كأن يقتله عبد مثله، فظاهر كلامهم تفريع ذلك على الخلاف المتقدم، فان قلنا بأن الملك ينتقل الى الموقوف عليه، فانه يصير القصاص اليه كما لو كان المقتول عبده، ولو قلنا بانتقاله الى الله تعالى مطلقاً أو على التفصيل المتقدم، فانه يكون ذلك الى الحاكم الشرعي، لأنه ولي هذه المصالح المتعلّقة به سبحانه، ولو قلنا ببقائه على ملك الواقف كان حق القصاص إليه، وقد عرفت فيما تقدم أن الأصح هو التفصيل، بأنه ان كان الموقوف عليه منحصراً، فانه للموقوف عليه؛ وان كان على جهة عامة أو مصلحة عامة فانه لله سبحانه، وعلى هذا يترتب القصاص هنا، فيقال: بكونه للموقوف عليه على الأول والحاكم على الثاني، وأما إذا أوجب القتل الدية كأن يقتل خطأً أو أخذت صلحاً أو يكون القاتل حراً، أو فيه شيء من الحرية، أو أوجبت الجناية أرشاً كقطع يده مثلاً، وملخصه أن تكون الجناية موجبة للمال، فهل يكون ذلك

للموجودين من الموقوف عليهم وقت الجناية ، أو أنه يشترى به عبد أو بعض عبد يكون وقفاً ؟ قولان .

قال في المبسوط : لو جني على العبد الموقـوف عليه ، ووجبت قيمته ، قال قوم : يشترى بها عبد آخر يقوم مقامه ، سواء قيل : انتقل ملكه الى الله ، أو إليه ، لأن حق البطون الاخر تعلّق برقبة العبد ، فإذا مات أقيم غـيرها بقيمتها مقامها ، وفيهم من قال : انتقل القيمة إليه ، وهو الأقوى ، لأنّا قـد بيّنا أن ملكه لـه ، والوقف لم يتناول القيمة ، والأول قول من قال : ينتقل الى الله ، انتهى .

وظاهره أنه على تقدير القول بانتقال الملك الى الموقوف عليه كما هو مذهبه فانه يصير المال اليه ، وعلى تقدير القول بأنـه ينتقل الى الله ، فانه يشتري به عبد آخر يقوم مقامه ، ويكون وقفاً .

وقال العلامة فـي المختلف : والمعتمد اقامة غـيره مقامه ، لعدم اختصاص البطن الأول بملكه ، ولهذا يملك البطن الثاني عـن الواقف عن البطن الأول ، والوقف ان لم يتناول القيمة لكنها بدل عن العين ، انتهى .

وهو صريح في اختيار القول الثاني ، كما أن كلام الشيخ صريح في اختيار الاول ، وهـو اختيار المحقق في الشرايع أيضاً ، والعلامـة في التحرير ، وجعل الثاني احتمالاً ، وظاهر الشهيد في الدروس ، وشرح الارشاد التوقف في المسئلة ، حيث اقتصر على نقل القولـين ، ولم يرجح شيئاً منهما في البين ، وهو في محلّه .

وتوضيح أدلة القولـين زيادة على ما تقدم ، أما القـول الاول فلأن الديـة عوض رقبته ، والرقبة ليست ملكاً تاماً للموجودين ، بل للبطون اللاحقة منها حق وان لم يكن بالفعل ، لكنه بالقوة القريبة منه ، لحصول السبب والمعدات للملك ، ولم يتخلف منها سـوى وجودهم ، وحينئذ فلاسبيل الى ابطال حقهم ، فيجب أن يشترى به عبداً ، وبعض عبد يكون وقفاً ، ابقاء للوقف بحسب الأمكان ، وصيانـة له عن الابطال ، وتوصلاً الى غرض الواقف ، ولأن الوقف تابع لبقاء المالية ، ولهذا

يجب الشراء بقيمته ـ حيث يجوز بيعه ـ يكون وقفاً .

وأما الثاني فوجهه أن الوقف ابتداء متعلق بالعين ، لأن موضوعه العين الشخصية لاغير وقد بطلت باتلافه ، فامتنع أن يكون لمن سيوجد من البطون فيه حق ، لأنهم حال الحياة غير مستحقين ، ووقت صيرورتهم مستحقين قد خرج التالف عن كونه وقفاً ، هكذا قرره في المسالك .

ثم أنه أورد على الدليل الثاني حيث أنه اختار القول الاول ما لفظه : ويضعف بأن القيمة بدل عن العين ، فيملكها على حد مايملكها ، ويتعلّق بها حق من يتعلّق حقه بها والوقف وان لم يتناول القيمة مطابقة ، لكنه يتناولها اقتضاء ، من حيث أنها قائمة مقام العين ، ولأن الوقف أقوى من حق الرهن ، وهو يتعلّق بالقيمة ، والوقف أقوى ، وحينئذ فالأقوى الأول .

أقول : لو صح بناء الأحكام الشرعية على مثل هذه التعليلات العقلية ، لاتجه قوة ما قواه (قدس سره) سيما أنه الأوفق بالأحتياط المطلوب في أمثال هذه المقامات الخالية من النصوص ، الا أنك قد عرفت ما فيه في غير مقام مما تقدم .

بقي في المقام فوائد يحسن التنبيه عليها :

الاولى : ظاهر الأكثر أن محل الخلاف ما قدمنا ذكره من الجناية الموجبة للمال دية أو غيرها ، والظاهر من كلام المحقق في الشرايع أن محل الخلاف الدية خاصة ، وأما ماكان أرشاً فانه للموجودين من غير خلاف ، ومقتضى الدليل المتقدم يؤيد ما ذكره الأكثر .

الثانية : أنه على تقدير شراء عبد أو بعض عبد يكون وقفاً ، فمن الذي يتولى ذلك ؟ قال شيخنا الشهيد في شرح الأرشاد : والأجود تفويضه الى الناظر الخاص ، فان تعذر فالناظر العام ، وان تعذر فالموقوف عليه ، قضية للشرط في النظر عموم حكم الحاكم على البطون ، و أولوية الموقوف عليه ، وفي المسالك

أنه يبنى على الخلاف المتقدم ، فان حكمنا بالملك للموقوف عليه ، فان حق الشراء راجع اليه ، لأنه المالك لذلك ، والبطون اللاحقة تابعة لهم ويحتمل الحاكم نظراً الى حق البطون اللاحقة ، وأن للحاكم حق الولاية عليهم دون البطون المتقدمة وان حكمنا بكونه لله سبحانه فللحاكم لا غير ، وان حكمنا للواقف فالوجهان الأولان .

أقول : ولو تعذر الحاكم فالظاهر قيام عدول المؤمنين بذلك ، كما في غير هذا الموضع من الامور الحسبية ، وقيل : بتقديم الموقوف عليه ، والأظهر الأول .

الثالثة : انه هل يصير وقفاً بمجرد الشراء أم يفتقر الى الصيغة ؟ قال في المسالك : كل محتمل ، وان كان الأول أقوى ، لأنه بالشراء يصير بدلا عن العين كالرهن وعلى الثاني يباشره من يباشر الشراء أقول : وبالأول صرح شيخنا الشهيد (رحمة الله عليه) في الارشاد .

الرابعة : قال في المسالك : لو لم تف القيمة بعبد كامل اشترى شقص بها امتثالاً للأمر بحسب الامكان ، ولو فضل منه فضل عن قيمة عبد اشترى معه ولو شقص آخر .

أقول : قوله امتثالاً للأمر بحسب الأمكان لا أعرف له معنى في هذا المكان ، اذ لا نص كما عرفت ، إلا أن يكون المراد بناءً على ما يدعونه قصد الواقف .

الخامسة: قال شيخنا الشهيد في شرح الارشاد : والأقرب أن البدل يجب كونه من جنس الموقوف ، لأنه أقرب الى الوقف ، وكلام المصنف هنا يشمل الجنس وغيره ، وحينئذ تجب المساوات في الذكورة والأنوثة ، وان أمكن المساوات في باقي الصفات أو معظمها فهو أولى ، ولو قيل : في القيمي بضمانه بالمثل وأمكن له مثل ، كان هو الوقف ، واستغنى عن الشراء ، وان قيل : بالقيمة وأتى بعبد بالصفات أمكن وجوب قبوله ، لأن غاية القيمة صرفها في مثلة ، انتهى .

السادسة : هل للموقوف عليهم العفو عن القصاص أو عن الأرش أو الدية ؟

قال في المسالك : يبنى على أن البطون اللاحقة هل تشاركهم فيه أم لا ؟ فعلى الأول ليس لهم العفو ، وعلى الثاني لهم ، لانحصار الحق فيهم .

السابعة : قال : في المسالك : على تقدير المشاركة لو عفى الأول فللثانى أن يستوفي ، لوجود سبب الاستحقاق من حين الجناية وان لم يثبت بالفعل ، مع احتمال العدم ، لتجدد استحقاقهم بعد سقوط الحق بالعفو ، وعلى تقدير جواز استيفاء الثانى هل له القصاص كالأول ان كانت الجناية توجبه أم يختص بالدية ؟ وجهان : من مساواته للأول في الاستحقاق ، ومن تغليب جانب العفو بحصوله من الأول ، والأقوى الأول .

أقول : لا يخفى أن قضية المشاركة ــ وان كان أخذ حق أحد الشريكين موقوفاً على وجوده ــ هو أن حكم الثاني كالأول في كل من الأمرين المذكورين ، قوله في الاحتمال المذكور « لتجدد استحقاقهم بعد سقوط الحق بالعفو » مدفوع بأن الساقط انما هو حق أولئك العافين ، لا حق هؤلاء المتأخرين ونحوه قوله في الثاني لتغليب جانب العفو بحصوله من الأول ، فان الحاصل من الأول انما هو بالنسبة اليه ، لا الى شريكه ، وهو ظاهر والله العالم .

المسئلة الثالثة : المشهور بين الأصحاب (رضوان الله عليهم) أنه اذا وقف في سبيل الله انصرف الى كل مايكون وصلة الى الثواب ، لأن السبيل بمعني الطريق فيكون المراد كلما يكون طريقاً الى حصول الثواب منه سبحانه ، ويكون وسيلة الى رضوانه ، وكذا لو قال : في سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير ، فان مرجع الثلاثة الى أمر واحد ، وهو سبيل الله بالمعنى المتقدم .

وخالف الشيخ في أحد قوليه في الموضعين ، فقال . في الأول ان سبيل الله الغزاة المقطوعة ، دون العسكر المقاتل على باب السلطان ، والحج والعمرة يقسم أثلاثاً فخص السبيل بهذه الثلاثة ، وعن ابن حمزة أن سبيل الله ، المجاهدون .

وقال في الثاني : بقسمته أثلاثا فثلث للغزاة والحج والعمرة ، وهو سبيل الله ، وثلث الى الفقراء والمساكين ، ويبدأ بأقاربه ، وهو سبيل الثواب ، وثلث الى خمسة

أصناف من الذين ذكرهم الله في آية الصدقة ، وهم الفقراء ، والمساكين ، وابن السبيل ، والغارمون ، والرقاب ،ولايخلومن تحكم ، فإنا لم نقف له على دليل على هذا التفصيل .

أقول : وقد تقدم في كتاب الزكاة (١) في معنى سبيل الله فمما تدل على القول المشهور رواية علي بن إبراهيم (٢) في تفسيره عن العالم عليه السلام قال : وفي سبيل الله قوم يخرجون الي الجهاد ، وليس عندهم مايتقوون به ، أو قوم مؤمنون ليس عندهم ما يحجون به ، أو في جميع سبيل الخير ، فعلى الامام أن يعطيهم من مال الصدقات حتى يقووا على الحج والجهاد ، وأشرنا ثمة أيضاً الى ان الظاهر من بعض الروايات أن تفسير السبيل بالجهاد ، انما كان تقية ، حيث أن مذهب العامة ذلك ، والله العالم .

المسئلة الرابعة : اذا وقف على مواليه ، فان انحصرت الموالى في الأعلى أو الأسفل فلااشكال ، والمراد بالأعلى هم المعتقون له ، بأن باشروا العتق أوانتهى اليهم ولاية العتق ، والأسفل هم من أعتقهم بعد عتقه كذلك ، فان اجتمعوا فان كانت ثمة قرينة تدل على ارادة أحد الصنفين أو كليهما فلا اشكال أيضاً ، وان انتفت القرائن وجب الرجوع اليه في تفسير ذلك وما أرادبه ، فان تعذر الرجوع اليه أو أخبر بأنه لم يقصد شيئاً بخصوصه ، وانما بنى على مدلول اللفظ ، فهل يبطل الوقف أو يصح ويصرف اليهما أو الى أحدهما أو يفرق بين المفرد والجمع ؟ أقوال .

فنقل عن الشيخ في المبسوط والخلاف القول بالصحة ، قال في الخلاف : اذا وقف على مولاه ، وله موليان مولى من فوق ، ومولى من أسفل ، ولم يبين انصرف اليهما ، ، لأن الاسم يتناولهما ، فيجب صرفه اليهما ، كما لو أطلق الوقف على الاخوة انصرف اليهم وان كانوا متفرقين ، وليس ذلك بمجهول ، كما أن الوقف

(١) ج ١٢ ص ١٩٩ .

(٢) تفسير القمى ج ١ ص ٢٩٨ ، الوسائل ج ٦ ص ١٤٥ ح ٧ .

على الأخوة ليس بمجهول ، وبذلك قال ابن ادريس أيضاً ، معللاً بتناول الاسم ، إلا أن الشيخ فرضه في المفرد ، وابن ادريس فرضه في الجمع ونحوه المحقق في الشرايع ، فانه تبع الشيخ في الحكم بالصحة ، الا أنه فرضه في الجمع .

وقال ابن حمزة : اذا وقف على مولاه اختص بمولى نفسه ، دون مولى أبيه وبمولاه الذي أعتقه ، دون مولى نعمته ، إلا اذا لم يكن له مولى عتق ، وكان له مولا نعمة ، وإن قال : على موالي دخل فيه مولى العتاقة ، ومولى النعمة .

وقال في المختلف بعد نقل هذه الأقوال : والوجه أن نقول : ان عرف بقرينة حالية أو مقالية قصده فيهما حمل لفظه عليه ، عملاً بالقرينة ، وان انتفت القرائن فان كان اللفظ مفرداً ليس بجمع بطل الوقف ، وان كان جمعاً وقلنا بجواز ارادة معنى المشترك من لفظ الجمع حمل عليهما ، وان قلنا إن حكمه حكم الواحد بطل ، لنا أنّا قد بيّنا في أصول الفقه أنه لا تجوز ارادة معنى المشترك منه بلفظ واحد ولا شك أن لفظة مولى من الألفاظ المشتركة بين المعالي المتضادة ، وهي المعتق والمعتق ، وقول الشيخ أن الاسم يتناولهما ، قلنا : ان أراد ذلك على سبيل الجمع ، فهو ممنوع لأن الواضع لم يضعه لكلا المعنيين ، فيكون استعماله فيهما استعمالاً للفظ في غير موضوعه والقياس على الاخوة ضعيف ، لأن الاخوة موضوع لمعنى واحد ، يتناول المتقرب بالأبوين وأحدهما على سبيل التواطؤ ، بخلاف المولى ، وقول ابن إدريس يشعر بمتابعته للشيخ ، وقول ابن حمزة في الجمع جيد ، أما في المفرد فحمله على المعتق ضعيف ، وكونه أقوى من المولى من أسفل لأنه يرث لا يخرج اللفظ عن كونه مشتركا ، ولا يوجب ترجيحاً في التناول ، انتهى .

وظاهر شيخنا الشهيد (رحمة الله عليه) في شرح الارشاد الميل الى ماذكره العلامة هنا من الفرق بين المفرد والجمع ، والبطلان في الأول دون الثاني ، قال بعد الكلام في المسئلة : واعلم أن الصحة وتناول الجميع يقوى اذا كان اللفظ بصيغة الجمع ، كالمسئلة المفروضة ، فان بعض من منع استعمال المشترك المفرد في كلا معنييه

أجازه في الجمع ، ولأنه يكون جمعاً مضافاً وهو للعموم ، كما قرر في الأصول ، وان كان اللفظ مفرداً كما لو وقف على مولاه ، يقوى البطلان ، ونصر شيخنا المرتضى عميد الدين الصحية في المجموع ، وهو ظاهر المصنف في المختلف لأنه لفظ مستغرق لجميع ما يصلح له ، انتهى .

أقول : قد تقدم في مواضع من كتب العبادات الاشارة الى أن ما اشتهر بينهم في الأصول من عدم جواز استعمال المشترك في معنيه مما يظهر من الأخبار خلافه ، وبذلك اعترف في الذكرى أيضاً ، ومنه تظهر قوة ما ذهب اليه الشيخ ، وكيف كان فالمسئلة لما عرفت محل اشكال ، والله العالم .

المسئلة الخامسة : في الوقف على الأولاد ، وله صور : أحدها ــ الوقف على أولاد الأولاد ، والظاهر أنه لا خلاف في أنه اذا وقف على أولاد أولاده فانه يشترك أولاد البنين والبنات ذكورهم وأناثهم من غير تفصيل .

أما الحكم الأول ، فلان اطلاق الولد شامل للذكور والاناث بلا اشكال لقوله سبحانه (١) « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » ونحوها فيصدق على أولادهم مطلقا أنهم أولاد أولاد ، وان اختلف في صدق الأولاد على أولاد الأولاد ، كما سيأتي ذكره انشاء الله تعالى .

وأما الحكم الثاني فلاقتضاء الاطلاق ذلك ، واقتضاء الاشتراك التسوية حتى يقوم الدليل على خلافها ، وكما يدخل الذكور والاناث في لفظ الولد تدخل الخناثي أيضاً ، أما لو كان بلفظ البنين خاصة أو البنات خاصة ، وأولادهم ، فالظاهر عدم صدق ذلك عليهم ، وأما لو جمعهما بأن قال : على البنين والبنات وأولادهم فهل يدخلون في ذلك أم لا ؟ قولان للعلامة في القواعد والتحرير منشأ الثاني منهما أنهم ليسوا بذكور ولا اناث ، والأول أنهم لا يخرجون عن الصنفين في نفس الأمر ، ولهذا يستخرج أحدهما بالعلامات ، ومع فقدها ترث نصف النصيبين .

(١) سورة النساء ــ الاية ١١ .

ورد بأنه لا كلام مع وجود العلامة ، ولادلالة لنصف النصيبين على حصره فيهما ، بل يمكن دلالته على عدمه ، وجاز أن تكون طبقة ثالثة متوسطة النصيب كما أنها متوسطة الحقيقة .

الثانية ـ مالوقال : على من انتسب الي ، قال في الشرايع لم يدخل أولاد البنات ، وقال بعد ذكر العبارة هذا هو المشهور ، وقد تقدم خلاف المرتضى في ذلك ، فانه حكم بدخولهم في الأولاد حقيقة ، وهو يقتضى انتسابهم بطريق أولى .

أقول : ونحن قد استوفينا الكلام بما لايحوم حوله نقض ولا ابرام في هذا المقام ، وأوضحنا ضعف هذه الأوهام في كتاب الخمس (١) ولكن ربما تعذر على الناظر هنا الرجوع إلى ذلك ، فلا علاج ان ارتكبنا مرارة التكرار في بيان ضعف هذا الكلام ، دفعاً لثقل المراجعة على النظار :

فنقول : أما ما ذكره من أن أولاد البنات لايدخلون في النسبة الى أب الأم ، فقد علله العلامة في المختلف في كتاب الخمس في مقام الرد على المرتضى (رضي الله عنه) فقال : لنا أنه إنما يصدق الانتساب حقيقة إذا كان من جهة الأب عرفاً ، فلايقال : تميمي الا إذا انتسب اليهم بالأب ، ولاحارثي إلا إذا انتسب الى حارث بالأب ، ويؤيده قول الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا و بناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد

ومارواه حماد بن عيسى(٢) « قال : رواه لي بعض أصحابنا عن العبد الصالح أبي الحسن الأول عليه السلام ومن كانت أمه من بني هاشم وأبوه من سائر قريش ، فان الصدقة تحل له ، وليس له من الخمس شيء لأن الله تعالى(٣) « يقول أدعوهم لآبائهم » ولأنه أحوط ، انتهى .

---

(١) ج ١٢ ص ٣٩٠ الى ص ٤١٦ .

(٢) اصول الكافي ج ١ ص ٥٣٩ ح ٤ ، الوسائل ج ٦ ص ٣٥٨ ح ٨ .

(٣) سورة الاحزاب ـ الاية ٦ .

وفيه نظر من وجوه ، أحدها ـ ما ادعاه من أنه لايصدق الانتساب حقيقة إلا إذاكان من جهة الأب ، فان الأخبار عموماً وخصوصاً متظافرة بخلافه ، فمن الاول مارواه في الكافي في كتاب الروضة والثقة الجليل علي بن إبراهيم في تفسيره عن أبي الجارود (١) « قال : قال أبوجعفر عليه‌السلام : ياأباالجارود مايقولون لكم في الحسن والحسين عليهما‌السلام قلت : ينكرون علينا أنهما إبنا رسول الله (صلى‌الله عليه وآله وسلم) قال : فأي شيء احتججتم عليهم ؟ قلت : احتججنا عليهم بقول الله تعالى في عيسى ابن مريم (٢) ومن ذريته داود وسليمان » ثم ساق الآية قال : فأي شيء قالوا لكم ؟ قلت : قالوا : قد يكون ولد الابنة من الولد ، ولايكون من الصلب ، قال : فأي شيء احتججتم عليهم قلت : بقول الله تعالى لرسوله « قل تعالوا ندع أبنائنا وأبنائكم ونسائنا ونسائكم » (٣) قال : فأي شيء قالوا ؟ قلت : قالوا : قد يكون في كلام العرب أبناء رجل ، ويقول آخر أبناؤنا قال : فقال أبوجعفر عليه‌السلام : يا أبا الجارود لأعطينكها من كتاب الله عز وجل أنهما من صلب رسول الله (صلى‌الله عليه وآله وسلم) لايردها إلا الكافر قلت : فأين ذلك جعلت فداك ؟ قال : من حيث قال الله عزوجل « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم» (٤) الآية الى أن انتهى الى قوله «وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم» فسلهم يا أبا الجارود هل كان يحل لرسول الله (صلى‌الله عليه وآله وسلّم) نكاح حليلتيهما ؟ فان قالوا: نعم كذبوا وفجروا ، وان قالوا: لا فهما ابناه لصلبه» الحديث .

أقول : لايخفى أن تأويل المخالفين للآيتين الأولتين مرجعه الى التجوز ، كما يدعيه أصحابنا هنا مع ما في الخبر من التشنيع الفضيع على من قال من أصحابنا بالقول المشهور ، تبعا للعامة العميا في هذا الباب ، نعوذ بالله من طغيان

---

(١) الكافي ج٨ص٢٦٣ح٥٠١، تفسيرالقمي ج١ص٢٠٩، الوسائل ج١٤ص٣١٦ح١٢ .
(٢) سورة الانعام ـ الاية ٨٤ و ٨٥ .
(٣) سورة آل عمران ـ الاية ٦١ .
(٤) سورة النساء ـ الاية ٢٣ .

الأقلام ، وزيغ الأفهام ، ولكن العذر لهم (رضوان الله عليهم) بقصور التتبع للأخبار، وبمضمون هذا الخبر أخبار عديدة ، قد تقدمت في الكتاب المشار إليه آنفاً .

ومن الثاني ماروواه في الكافي في باب ما نص الله ورسوله على الأئمة عليهم السلام واحداً فواحد بسند صحيح عن عبدالرحيم بن روح القصير(١) «عن أبي جعفر عليه السلام في قول الله عزوجل «النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم» (٢) ثم ساق الحديث الأول على اختصاص الامامة بهم الى أن قال : فقلت : هل لولد الحسن فيها نصيب ، فقال : لا والله يا عبدالرحيم ما لمحمدي فيها نصيب غيرنا » .

وماروواه الصدوق في كتاب معاني الأخبار عن حمزة ومحمد ابني حمران(٣) «عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال عليه السلام فيه بعد ذكر حمران لعقيدته في الامامة ماصورته : ياحمران مد المطمر بينك وبين العالم ، قلت : ياسيدي وما المطمر ؟ قال : أنتم تسمونه خيط البناء فمن خالفك على هذا الأمر فهو زنديق ، قلت : وان كان علوياً فاطمياً فقال أبوعبدالله عليه السلام : وان كان محمدياً علوياً فاطمياً » .

وهما كما ترى صريحان في صحة النسبة اليه (صلى الله عليه وآله وسلم) ، مع أن ذلك انما من جهة الأم ، وأن كل من كان من ذريته في أبناء ابنته ، فهو محمدي ، وبه يظهر أن ما ادعاه (قدس سره) من أنه لاتصح النسبة ، ولا يقال : تميمي ولاحارثي الا لمن انتسب بالأب كلام شعري ، لاتعويل عليه ، والظاهر أنه مأخوذ من كلام العامة العمياء المنكرين لكون ابن البنت ابناً حقيقياً ، للتوصل بذلك الى الطعن على الأئمة عليهم السلام كما هو المفهوم من جملة من الأخبار التي ابتنا عليها في الكتاب المتقدم ذكره .

ومن ذلك أيضاً ماروواه في الكافي في حديث طويل في باب ما يفصل به بين

---

(١) الكافي ج ١ ص ٢٨٨ ح ٢ .

(٢) سورة الاحزاب ـ الاية ٦ .

(٣) معاني الاخبار ص ٢١٢ ط تهران سنة ١٣٧٩ .

دعوى المحق والمبطل في الامامة (١) « عن أبي جعفر عليه السلام قال: في آخره الله بيننا وبين من هتك سترنا وجحدنا حقنا وأفشى سرنا ونسبنا الى غير جدنا » الحديث .

ومارواه العياشي في تفسيره والبرقي في محاسنه (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : والله لقدنسب الله عيسى بن مريم في القرآن الى ابراهيم من قبل النساء ، ثم تلا ومن ذريته . . . الآية .

وثانيها ـ أن الاستناد الى هذا البيت ، في مقابلة الآيات المتظافرة والروايات المتكاثرة الدالة على كون ولد البنت ولداً حقيقياً ، مما لايلتفت اليه ، ولايعول عليه ، كما صرح بذلك الشيخ في الخلاف في كلامه المتقدم في المسئلة الخامسة من سابق هذا المطلب ، وقد فسر معنى البيت المراد منه بأن الشاعر أراد الانتساب بمعنى أن أولاد البنات لاينسبون الى أمهم ، وإنما ينسبون الى أبيهم .

وثالثها ـ ما ذكره من مرسلة حماد ، فان فيه أولاً أنه بمقتضى اصطلاحهم ، فان الخبر ضعيف ، لاتقوم به حجة كما ذكروه في أمثاله .

وثانياً أنه معارض بالآيات القرآنيه والأحاديث المتكاثرة الدالة على خلافه عموماً وخصوصاً ، ومن الثاني مارواه الشيخ المفيد (رحمةالله عليه) في كتاب الاختصاص (٣) في حديث طويل عن الكاظم عليه السلام مع الرشيد ، وفيه قال الرشيد له عليه السلام لم لاتنهون شيعتكم عن قولهم لكم يا ابن رسول الله ، وأنتم ولد علي ، وفاطمة إنما هي وعاء ، والولد ينسب الى الأب لا الى الأم ، فقال عليه السلام بعد أن طلب منه الأمان وآمنه : أعوذ بالله السميع العليم ، ثم أورد عليه السلام آية عيسى (٤) عليه السلام ، ثم أورد آية المباهلة (٥) ومارواه في كتاب الاحتجاج (٦) عن الكاظم عليه السلام في حديث طويل لما

(١) اصول الكافي ج ١ ص ٣٥٦ ح ١٦ .

(٢) المحاسن ج ١ ص ١٥٦ ط تهران ح ٨٨ ، تفسير العياشي ج ١ ص ٣٦٧ ح ٥٢ .

(٣) الاختصاص ص ٥٤ ط ايران سنة ١٣٧٩ .

(٤) سورة الانعام ـ الاية ٨٤ و ٨٥ .

(٥) سورة آل عمران ـ الاية ٦١ .

(٦) عيون أخبار الرضا ج ١ ص ٨٣ فى ضمن الحديث ٩ ، الاحتجاج ج ٢ ص ١٦٣ .

أدخل على الرشيد وموضع الحاجة منه أنه قال له الرشيد : لم جوزتم للعامة والخاصة أن ينسبوكم إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) ويقولون يا ابن رسول الله وإنما ينسب المرء إلى أبيه ، وفاطمة ، إنما هي وعاء ، والنبي (صلى الله عليه وآله وسلم) جدكم من قبل أمكم فقال : ياامير المومنين لوأن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) نشر فخطب اليك كريمتك هل كنت تجيبه ؟ فقال : سبحان الله ولم لاأجيبه بل أفتخر على العرب وقريش بذلك ، فقال : لكنه لايخطب الي ، ولا أزوجه ، فقال : ولم فقلت لأنه ولدني ولم يلدك ، فقال : أحسنت ياموسى » ، ونحوهما غيرهما والتقريب في هذين الخبرين ونحوهما أن الرشيد لما أنكر عليه نسبتهم عليه السلام إليه (صلى الله عليه وآله وسلم) بواسطة الأم وانما ينسب المرء الى أبيه ، كما ذكره عليه السلام في مرسلة حماد المذكورة واحتج بقوله (١) « أدعوهم لآبائهم » احتج عليه بالآيات المذكورة ، وما ذكره الرشيد في هذه الأخبار في انكاره عليه هو عين ما ذكره عليه السلام في مرسلة حماد التي استند اليها الخصم ، مع أنه عليه السلام في هذه الأخبار قد رد ذلك بالآيات المذكورة الدالة على البنوة حقيقة ، ولو كانت البنوة في هذه المواضع إنما هي على جهة المجاز كما يدعيه العامة ومن قال بقولهم من أصحابنا ، (سامحهم الله بغفرانه) فكيف يحتاج الى الاستدلال بهذه الآيات ، بل كيف يعترض الرشيد وغيره عليهم بهذه التسمية ، وباب المجاز واسع ، وهو لايوجب فخراً ولا يخدش ذكراً فلولا أن المخالفين من الرشيد وغيره عالمون بان دعواهم البنوة إنما هو على الحقيقة لما اعترضوا عليهم بذلك ، ولما احتاجوا عليهم السلام إلى الاستدلال بهذه الآيات ونحوها ، لما عرفت ، وهذه الآيات لاتصلح للاستدلال الا بناء على دعوى البنوة الحقيقية ، وهذا بحمد الله ظاهر تمام الظهور لمن اطلع على الأخبار والآيات الظاهرة ، كالنور على الطور ، ولم يعتر بصر بصيرته قصور ولا فتور .

وأما ما ذكره في المسالك ومثله غيره من نسبة هذا الخلاف إلى المرتضى

(١) سورة الاحزاب ـ الآية ٥ .

(رضي الله عنه) خاصة فهو عجب وأي عجب ، فان هذا القول مذهب جملة من متقدمي الأصحاب ، بل ربما كان هو المشهور بينهم كما تقدمت الاشارة إليه في المسئلة الخامسة من مسائل المطلب المتقدم ، وقد ذكرنا في كتاب الخمس(١) من ذهب إلى ذلك من علمائنا المتقدمين والمتأخرين ، بما ربما يزيد على عدد من صرح بالخلاف المشهور بين المتأخرين ، والله العالم .

الثالثة ـ مالو وقف على أولاده ، المشهور بينهم أنه يختص بالأولاد لصلبه ، دون أولاد الأولاد ، إلا أن يكون هناك قرينة تدل على دخولهم ، كقوله الأعلى فالأعلى ، أو بطناً بعد بطن ، أو يقف على أولاد فلان ، وهو يعلم أن لا ولد له لصلبه، ونحو ذلك ، وقيل : يشترك الجميع إلا مع القرينة ، وهو الأظهر ، احتج القائلون بالقول الأول بان المتبادر من الولد هو ما كان لصلب ، ولا يفهم منه ولد الولد إلا بالقرينة .

قالوا : ولهذا يصح سلبه عنه ، فيقال ، ليس ولدي ، بل ولد ولدي .

أقول: فيه أن المفهوم من الآيات الكثيرة في باب الميراث ، والنكاح ، والأخبار المستفيضة هو أن الولد حقيقة أعم من أن يكون من صلب بلا فاصلة أو بفاصلة سواء كان الفاصلة ذكراً أم أنثى ، وقد اعترف بدلالة الآيات على ذلك في المسالك في باب الميراث في مسئلة أن اولاد الأولاد هل يقومون مقام آبائهم في الميراث ؟ فلكل نصيب من يتقرب به ، أو يقتسمون اقتسام أولاد الصلب ، حيث ذكر أن القول الثاني مذهب المرتضى ، وجماعة من الأصحاب ، ثم استدل لهم بآيات تحريم حلائل الأبناء ، وتحريم بنات الابن والابنة ، والحجب بهم للأبوين ، والزوجين .

ثم قال : وهذه توجيهات حسنة ، الا أن الدليل قد قام أيضاً على ان أولاد البنات ليسوا أولاداً حقيقة لثبوت ذلك في اللغة وصحة السلب الذي هو علامة المجاز ، وفيه أنه مع تسليم دلالة اللغة على ما ذكره فعرف الشرع مقدم على عرف

(١) ج ١٢ ص ٣٩١ .

اللغة ، وهو قد اعترف بدلالة الآيات على ذلك ، و مثلها الأخبار كما ستعرفه ان شاء الله تعالى وحينئذ يلتفت الى ما دل عليه كلام أهل اللغة لو كان كما يدعونه وأما الاستناد الى ما ذكروه من صحة السلب في قول القائل هذا ليس ولدي ، بل ولد ولدي ، وهو عمدة أدلتهم فهو على اطلاقه ممنوع ، فانّا لا نسلّم سلب الولدية حقيقة ، فان حاصل المعنى بقرينة الإضراب أن مراد القائل المذكور انما هو أنه ليس بولدي بلا واسطة ، بل ولدي بالواسطة ، فالمنفي حينئذ انما هو كونه ولده بلا واسطة ، والولد الحقيقي عندنا أعم منها ، ولو قال ذلك القائل : ليس ولدي من غير الإضراب منعنا صحة السلب .

وأما الأخبار الواردة في المقام فمنها رواية أبي الجارود المتقدمة : وهي صريحة في كون ولد البنت ولداً للصلب ، كما عرفت ، ونحوها الروايات الاخر .

ومنها مارواه في الكافي في أبواب الزيارات بسنده عن بعض أصحابنا (١) قال حضرت أبا الحسن الأول عليه السلام وهارون الخليفة وعيسى بن جعفر وجعفر بن يحيى بالمدينة قد جاؤا الى قبر رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلّم) فقال هارون لأبي الحسن عليه السلام تقدم ، فأبى فتقدم هارون فسلّم وقام ناحية ، وقال عيسى بن جعفر : لأبي الحسن عليه السلام تقدم فأبى ، فتقدم عيسى فسلّم ووقف مع هارون ثم ساق الخبر الى أن قال : وتقدم أبو الحسن عليه السلام فقال : السلام عليك يا أبة أسأل الله الذي اصطفاك واجتباك وهداك وهدى بك أن يصلي عليك ، فقال هارون لعيسى : سمعت ما قال ؟ قال : نعم ، فقال هارون : أشهد أنه أبوه حقاً » .

أقول : لو كان لفظ الأب هنا انما هو مجاز كما يدعيه أصحابنا تبعاً للعامة العمياء فأي فخر فيه ، حتى أنه عليه السلام يعبر به ، ثم انظر الى شهادة هارون بأنه أبوه حقاً ، وأي محل للحمل على المجاز في ذلك ، لولا عدم التدبر في الأخبار ، والوقوف عليها .

(١) فروع الكافي ج ٤ ص ٥٥٣ ح ٨ ، الوسائل ج ١٠ ص ٢٦٨ ح ٤ .

ومنها ما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) بطرق عديدة ، ومتون متقاربة عن عايذ الأحمسي (١) قال : دخلت على أبي عبدالله عليه السلام فقلت : السلام عليك يابن رسول الله فقال : وعليك السلام أي والله أنا لولده ، ومانحن بذوي قرابته .

أقول : انظر الى صراحة كلامه عليه السلام في أنهم ولد حقيقة له (صلى الله عليه وآله وسلم) ـ لا أنهم من ذوي قرابته وأن اطلاق الولد عليهم انما هو مجاز ـ كما يدعيه من لم يعض على التطلع في الأخبار ـ بضرس قاطع ، وأكد ذلك بقسمه بالله سبحانه ، الى غير ذلك من الأخبار التي ذكرناها في كتاب الخمس (٢) ومجمل القول فيها أنها قد دلت على دعواهم عليهم السلام البنوة له (صلى الله عليه وآله وسلم) وافتخارهم بذلك ، وأن شيعتهم كانوا عاكفين على تسميتهم بذلك ، وان المخالفين أنكروا ذلك عليهم ، وهم عليهم السلام قد استدلوا بالأيات القرآنية كما عرفت ، فلولا أن المراد البنوة الحقيقية ، لما كان لما ذكر من هذه الامور وجه بالكلية ، لأن المجاز لا يوجب الافتخار ، ولا يتوقف على الاستدلال ، ولا يكون محلاً للمخاصمة والجدال بل هذه الاشياء إنما تترتب على المعنى الحقيقي ، كما لا يخفى على الناقد البصير ، ولا ينبئك مثل خبير .

ولكن أصحابنا (سامحهم الله برضوانه) لما لم تصل هذه الأخبار الى نظرهم ، ولم يطلعوا عليها بالكلية جروا على ماجرت عليه العامة العمياء في المباحث الأصولية ، إلا أن الآيات حجة ظاهرة عليهم ، وهي مكشوفة لديهم فخروجهم عنها الى التمسك بهذه التخريجات الضعيفة من قول اعرابي بوال على عقبيه ، وما ذكروه من صحة السلب ونحو ذلك كله رمي في الظلام ، كما لا يخفى على ذوي الأفهام .

---

(١) فروع الكافي ج ٣ ص ٤٨٧ ح ٣ ، الوسائل ج ٣ ص ٥٠ ح ١٠ .
(٢) ج ١٢ ص ٣٩١ .

ولذلك مال إلى هذا القول زيادة على من ذكرنا من المتقدمين جملة من من متأخرى علمائنا الأعلام ، والله العالم .

الرابعة ـ ما لو قال : على أولادي وأولاد أولادي ، فانه على المشهور بين المتأخرين يختص بالبطنين المذكورين من البطون المتجددة ، لأنهم أولاد عندنا حقيقة كما عرفت ، والله العالم .

الخامسة ـ لو قال : على أولادي فان انقرضوا وانقرض أولاد أولادي فعلى الفقراء ، فانه لاشك في صحة الوقف على أولاده ، لكن بعد انقراضهم فهل يرجع الوقف الى أولاد الأولاد ؟ ثم بعد انقراضهم الى الفقراء ؟ أو يرجع الى الفقراء بعد انقراض أولاده ، ولا يرجع الى أولاد الاولاد ، قولان : قال في المبسوط : اذا قال : وقفت على أولادي فاذا انقرضوا أولادي وأولاد أولادي فعلى الفقراء ، فانه صرح بالوقف على أولاده أولا ، وعلى الفقراء والمساكين ، فعلى هذا اذا انقرض أولاده وبقي أولاد أولاده صرف انتفاعه الى أقرب الناس اليه ، الى أن ينقرضوا ، فاذا انقرضوا صرف الى الفقراء ، ومنهم من يقول : يكون وقفاً على أولاد أولاده بعد انقراض أولاده ، لأنه شرط انقراضهم ، وذلك بظاهره يقتضى أنه وقف عليهم ، كما لو صرح به ، فعلى هذا يصرف اليهم بعد الأولاد ، فاذا انقرضوا صرف الى الفقراء ، وهذا أقوى .

قال العلامة في المختلف ـ بعد نقل كلام الشيخ المذكور : والوجه عندى الأول ، لأن الوقف بصريحه دل على صيرورته الى أولاده ، ثم بعدهم وبعد أولاد أولاده يصرف الى الفقراء ولا دلالة صريحة على صيرورته بعد أولاده الى أولاد أولاده ، وأما الدلالة الالتزامية فهي منفية هنا أيضاً ، لامكان اقتران كلا النقيضين بهذا اللفظ ، ويكون اللفظ معه صادقاً ، فصدقه أعم من اقترانه بالصيرورة الى أولاد أولاده ، ومن اقترانه بعدم ذلك ، ولا دلالة للعام على الخاص ، قوله شرط انقراضهم يقتضى مشاركتهم ، فأي وجه لترتبهم على أولاد ، فهلا شاركوهم ، فانه لم يوجد مايدل على الترتيب فكأنه قال : وقفت على أولادي وأولاد أولادى ، فاذا انقرضوا

جميعاً فعلى الفقراء ، انتهى .

والظاهر أن هذا القول هو المشهور بين المتأخرين وقوته بالنظر الى تعليلاتهم ظاهرة ، فان أولاد الأولاد لم يتعرض للوقف عليهم بالكلية ، فكيف يدخلون في الوقف ، ومجرد اشتراط انقراضهم في الوقف على الفقراء لا يستلزم كونه وقفاً عليهم ، لانتفاء وجه التلازم ، ولأنه لو دل ذلك على الوقف عليهم أوجب التشريك بينهم وبين الأولاد ، لانتفاء ما يدل على الترتيب كما ذكره العلامة مع أنه لا يقول به .

هذا كله بناء على ما هو المشهور بين المتأخرين من عدم دخول أولاد الأولاد في اطلاق الأولاد ، وأما على القول بدخولهم كما هو المختار ، وبه صرح الشيخ المفيد وابن إدريس وغيرهم ممن تقدم ذكره ، فانه لا شك في صحة الوقف المذكور ، وأنه إنما ينتقل إلى الفقراء بعد انقراض أولاد الواقف من اولاد الصلب ومن بعدهم من الأولاد ، وان تعددت الطبقات و تكاثرت .

بقي الكلام في أنه على تقدير عدم دخول أولاد الأولاد في الوقف وصحته على الفقراء بعد انقراض الجميع فالنماء المتخلل في تلك المدة بعد موت الأولاد وقبل انقراض أولاد الأولاد لمن هو ؟ قد عرفت من عبارة الشيخ المتقدمة أنه يصرف إلى أقرب الناس إليه الى أن ينقرض أولاد الأولاد ، فإذا انقرضوا صرف الى الفقراء .

وظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك احتمال تفريع ذلك على انتقال الوقف وعدمه ، قال : فان قلنا ببقائه على ملك الواقف ، فلا شبهة في كونه لورثته ، وان قلنا بانتقاله الى الله ، فالمتجه صرفه في وجوه البر ، وعلى القول بانتقاله الى الموقوف عليه ، يكون لورثة البطن الأول .

أقول : قد تقدم في المطلب الثاني ذكر الخلاف في المنقطع الآخر ، ومثله يأتي في منقطع الوسط ، من أنه هل يصح ، ويكون وقفاً أو حبساً أو يبطل من أصله ، وقد رجحنا أنه يصير حبساً لاشتراط الوقف بالدوام ، وعلى هذا فانه يكون

النماء هنا لورثة الواقف ، ولايعود الى الفقراء بالكلّية .

وبهذا أيضاً صرح شيخنا المذكور في آخر البحث في هذه المسئلة فقال : نعم إذا قلنا حبساً لبطلانه بانقطاع وسطه اتضح عوده الى ورثة الواقف على وجه الملك ، ثم لاينتقل عنهم الى الفقراء ، وهذا هو الأقوى ، انتهى .

وهو جيد بناء على مذهبهم في المسئلة ، والا فقد عرفت أن الأظهر صحة الوقف بغير اشكال كما قدمنا ذكره ، والله العالم ، أقول : وقد تقدم بعض صور المسئلة أيضاً في المباحث السابقة .

تتمة :

يجب اتباع الشروط المذكورة في عقد الوقف من الترتيب والتشريك ، والتفصيل ، فلو وقف على أولاده وأولاد أولاده اقتضى ذلك تشريك البطن الأخير مع البطن الأول ، ويأتي على ما اخترناه من دخول أولاد الأولاد في اطلاق الأولاد اشتراك جميع البطون من غير تفصيل كما هو مقتضى الاطلاق .

ولو قال: على أولادي ثم أولاد أولادي أو قال: الأعلى فالأعلى ترتبوا ، ولا يستحق البطن الثاني شيئاً ما بقي من الأول واحد ، وكل من مات من البطن الأول فنصيبه يرجع الى الباقين ، الا أن يقول : فنصيبه لولده ، فانه يجب اتباع الشرط المذكور ، فلو مات أحدهم ممن ولد كان نصيبه لولده ، ولومات بعضهم عن غير ولد كان نصيبه للباقين من البطن ، دون الولد الذى أخذ نصيب أبيه ، والمراد بأولادى هنا هم الذين من الصلب ، فلا يدخل فيه أولاد الأولاد لقرينة العطف .

لكن يبقى الكلام في أولاد الأولاد ، فان المشهور تخصيصهم بالبطن الثانى ، وعلى ما اخترناه فانه يدخل فيه جميع البطون المتأخرة عن البطن الأول ، لدخولهم في اطلاق أولاد الأولاد كما عرفت ، فالترتيب حينئذ إنما هو بين البطن الأول ، وهم أولاد الصلب ، وبين من عداهم من الطبقات المتأخرة ، وأما الطبقات

المتأخرة من أولاد الأولاد وما بعدهم من البطون ، فانه لاترتيب بينهم .

ولو قال : بطناً بعد بطن ، فالمشهور أنه يفيد الترتيب بين البطون ، وقال في التذكرة : انه لايفيد ، والأقرب الأول ، ولو قال : علىأولادى ثم أولاد أولادي علىأن من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ، ومن مات عن غيرولد فنصيبه لأهل الوقف ، ثم لومات أحدهم عن ابنين فان نصيبه لابنيه ثم ان مات الثاني عن غير ولد ، فان نصيبه لباقي طبقته مع الابنين المذكورين بالسوية ، لأن الجميع أهل الوقف فيشتركون فيه ، ولومات أحد الابنين المذكورين كان نصيبه لأخيه وعمه، لأنهم أهل الوقف ، والله العالم .

السادسة ـ لوخرب المسجد الموقوف ، أو خربت القرية أو المحلة لم يخرج المسجد عن الوقف ، لما عرفت من أن الوقف مقتض للتأبيد ، ولأنالمسجد حقيقة إنما هوالعرصة التي هيالأرض ، وهي باقية ، ولأن الغرض المقصود منه وهوالصلاة فيه باق ، فانه يصلي فيه من يمر به ، وربما تعود القرية أو يحصل من يعمره .

وبالجملة فان الخراب غيرموجب للخروج عن الوقفية إذ لامنافاة ، نعم هذا إنما يتم في غير المساجد المبنية في الأرض المفتوحة عنوة ، حيث يجوز وقفها تبعا لآثار التصرف ، وقد تقدم في مقدمات صدر كتاب التجارة (١) أنه متىزالت الآثار سواء كانت آثار التملك أو الوقف فان الأرض تعود اليما كانت عليه ، لزوال المقتضى للاختصاص ، الا أن تبقى فيه رسوم أصل الحيطان كما هوالغالب ، بحيث يصدق وجود الآثار في الجملة ، فانه يكفى في بقاء حكم المسجدية ، بل هذا هوالمفهوم من النصوص ، فان ماصار الآن معمولاً من البناء وتشييد الجدران ووضع السقف عليها أمرمخترع ، والمفهوم من النصوص إنما هومجرد التحجير والعلامات الدالة علىالمسجدية ، ونقل عن بعض العامة خروجه عن المسجدية بالخراب قياساً عن عود الكفن اليالوارث عند اليأس من الميت بان أخذه السيل

(١) ج ١٨ ص ٤٣٨ .

قياس منه بجامع استغناء المسجد عن المصلين كاستغناء الميت عن الكفن ، ورده الأصحاب بأنه قياس مع الفارق ، فان الكفن ملك للورثة ، فان التركة تنتقل الى الوارث بالموت وان وجب صرفه في التكفين ، فإذا زال الموجب عاد الى ماكان عليه ، بخلاف المسجد ، فانه قد خرج بالوقف عن ملك الواقف ، والمسجد حقيقة إنما هي العرصة كما عرفت ، وهي باقية ، وأيضاً فان القياس من الميت الذي أوجب رجوع الكفن الى الورثة غير مسلّم هنا ، لجواز عمارة القرية كما عرفت ، وصلاة المارة فيه ، واليأس عن المسجدية غير حاصل ، وما ذكر في الكفن عن العود الى الوارث إنما يتم فيما لوكان الكفن من التركة ، أما لوكان من الزكاة أو الوقف أو من باذل فانه يرجع الى أصله ، وما ذكر من الكلام هنا في المسجد يجري في الدار الموقوفة ، فانه بانهدام الدار لايخرج العرصة عن الوقف ، ولا يجوز التصرف فيها ببيع ونحوه ، والكلام في الفرق بين الأرض الخراجية وغيرها كما تقدم في المسجد ، والله العالم .

السابعة ــ المشهور بين الأصحاب جواز بيع الوقف إذا وقع بين الموقوف عليهم خلف ، بحيث يخشى خرابه ، وقد تقدم تحقيق هذه المسئلة وما فيها من الكلام بما لايحوم حوله للناظر نقض ولا ابرام في كتاب البيع (١) و لو انقلعت نخلة من أرض الوقف قال الشيخ : يجوز بيعها ، لتعذر الانتفاع إلا بالبيع ، وقال ابن ادريس : وتبعه أكثر المتأخرين انه يمكن الانتفاع بهذه النخلة من غير بيعها كالاجارة للتسقيف ، أو جعلها جسراً ونحوذلك .

قال في المختلف بعد نقل القولين المذكورين : وهذه المنازعة تجري مجرى النزاع اللفظي ، لأن الشيخ فرض سلب منافعها على ماذكره في دليله ، وابن ادريس فرض لها منافع غير الثمرة ، قال في المسالك ــ بعد أن ذكر أن كلام ابن ادريس جيد ، حيث يمكن الانتفاع ، والا فكلام الشيخ جيد ــ ما صورته : وأما ما ادعاه

(١) ج ١٨ ص ٤٣٩ .

العلامة من أنه لانزاع بينهما إلا في اللفظ حيث أن الشيخ (رحمةالله عليه) فرض سلب منافعها كما يقتضيه دليله ، وابـن ادريس فرض وجودها غـيرالثمرة ، فلا يخلـومن حيف على ابـن ادريس ، لأن دليل الشيخ اقتضى ادعاءه عـدم المنافع حينئذ ، لاعلى تقدير عدم المنافع ، ففيه قصور بين ، وحينئذ فالتفصيل أجود ، انتهى. والظاهر أن ما ذهب اليه ابن ادريس هوالمشهور بين المتأخرين ، استناداً الى عدم جواز بيع الوقف ، أما على مذهب ابن ادريس فانـه يمنع منه مطلقاً ، وأما على المشهور فانهم إنما يجوزونه في الصورة المتقدمة ، وهـذا ليس منها ، والشيخ إنما جوزه بدعوى عدم حصول النفع الذي هوالغرض من الوقف ، فيجوز البيع حينئذ، لبطلان الوقف ، ومتى ثبت وجـود النفع كما ادعاه ابـن ادريس فلايصح البيـع ، بل يبقى وقفاً على حاله ، وما ذكر من الكلام في المقام يجرى أيضاً في حصيرالمسجد إذا خلق ، وجذعه إذا انكسر ، وتعذر الأنتفاع به فيه أو في غيره .

قال في المسالك : ومتى جاز البيع وجب أن يشتري بقيمته ما يكـون وقفاً على الأقوى ، مراعياً للأقرب الى صفة الأول فالأقرب ، ونقل في المختلف عن ابن الجنيد أنـه قال : والوقف رقيقاً أو مايبلغ حاله الـى زوال ماسبله من منفعته ، فلابأس ببيعه ، وابدال مكانه بثمنه ان أمكن ذلك ، أو صرفه فيما كان يصرف فيه منفعته ، أورد ثمنـه على منافـع مابقى من أصـل ماحبس معه ، إذا كان في ذلك الصلاح ، ثم قال : وهوالأقوى عندي .

أقول : قـد تقدم في مسئلة بيع الوقف المشار اليها آنفاً من كتاب البيـع (١) ما يؤذن بالمناقشة في ذلك ، فليراجع ، والله العالم .

الثامنة ـ قالوا : اذاآجر البطن الأول مدة ، ثم انقرضوا في أثنائـها ، فان قلنا الموت يبطل الأجارة فلا كلام ، وان لم نقل فهل يبطلهنا فيه تردد ، أظهره البطلان ، لأنّا بيّنا أن هذهالمدة ليست للموجودين ، فيكون للبطن الثاني الخيار

(١) ج ١٨ ص ٤٤٧ .

بين الاجازة في الباقي ، وبين الفسخ فيه ، ويرجع المستأجر على تركة الأولين بما قابل المتخلف ، انتهى .

أقول : الكلام هنا يقع في موضعين : الأول ـ في بطلان الأجارة وعدمه بموت البطن الأول ، بناءً على عدم بطلان الاجارة بموت الموجر ، كما هو الأظهر ، وظاهر المشهور القول بالبطلان هنا ، وجعلوه من جملة المستثنيات من قاعدة عدم بطلان الاجارة بموت الموجر ، وعلّل البطلان بما أشير اليه من قوله : ان هذه المدة ليست للموجودين ، وتوضيحه أن ملك الموجر هنا لما آجره غير تام ، لمشاركة باقي البطون له في ذلك بأصل العقد ، والموجر انما يملك مدة حياته ، وبعدها ينتقل الملك الى غيره ، فبموته يتعين انتهاء حقه ، فتكون اجارته بالنسبة الى بقية المدة تصرفاً في غير حقه ، متوقفاً على اجازة البطن الذي بعده ، ومن ذلك يظهر أن صحة الاجارة في هذه المدة التي اشتمل عليها العقد مراعاة ببقاء الموجر ، فلو مات في أثنائها تبين بطلان الاجارة في المدة الباقية ، ومما ذكر يظهر وجه الفرق بين اجارة البطن الأول من الموقوف عليهم بالنسبة الى من بعده ، واجارة المالك بالنسبة الى الورثة ، فإن اجارة المالك تصرف في ملكه المستقل به حال حياته ، حتى لو أراد اتلافه بالكلية لم يكن للوارث اعتراض في ذلك ، والوارث انما يتلقى الملك بعد موته ، بخلاف الوقف فان البطن الاول غير مستقل بالملك كما عرفت ، بل البطون الأخيرة مشاركون له في الاستحقاق بأصل العقد ، لأنهم انما يتلقونه بعد موته كما في الورثة ، ووجه التردد في المسئلة مما ذكر ، ومن أن المتصرف حينئذ كالمالك ، فكان تصرفه ماضياً .

وأنت خبير بانه بالنظر الى هذه التعليلات ، لاخفاء في قوة القول المشهور ، إلا أنك قد عرفت عدم صلوحها لتأسيس الأحكام الشرعية ، وانما العمل على النصوص حيث لانص هنا فالمسئلة لاتخلو من الاشكال ، وقد تقدم نظير هذه المسئلة في المسئلة السابعة والعشرين فيما آجر الأب أو الوصي الصبي من مسائل المطلب

الثالث في الأحكام من كتاب الاجارة ، وينبغي أن يستثنى من محل الاشكال مالو كان الموجر للموقف ناظراً سواءكان أجنبياً أومن الموقوف عليه ، فإنه في حكم النائب عن الجميع ، فلاتبطل الاجارة بموته .

الثاني ما ذكره من قوله ويرجع المستأجر على تركة الأولين ، وهومحمول على مالو دفع الأجرة للبطن الأول ، والا فلا رجوع ، والمراد بمقابل المتخلف الذي يرجع به على ما ذكره في المسالك ، هوأن ينسب أجرة مثله الى أجرة مثل مجموع المدة ، ويرجع من المسمى بمثل تلك النسبة ، فلو كان قدآجره سنة بمائة ومات بعدانقضاء نصفها وفرض أن أجرة مثل النصف المتخلف تساوى الستين ، وأجرة مثل النصف الماضي تساوى ثلاثين ، رجع بثلثي المائة ، وعلى هذا القياس ، والله العالم .

التاسعة ـ في جملة من أحكام الأمة الموقوفة، **منها** ـ أنهم قدصرحوا بأنه لايجوز للموقوفة عليه وطيء الأمة الموقوفة لأنه لايختص بملكها ، فان كان له شريك في ذلك البطن ، فان عليه ماعدا نصيبه من العقر للشركاء ، وكذا من قيمة الولد لو اولدها وعليه الحد بنسبة ماعدا حصته وان انحصر أهل تلك الطبقة فيه كان الولد حراً ، ولاقيمة عليه ولاحد .

أقول: أما الأول فيعلم وجهه مماتقدم في كتاب البيع في مسئلة وطيء الأمة المشتركة بغير اذن الشركاء(١) ولكن قل من تنبه لذلك ، ونبه عليه في هذا المقام .

وأما الثاني فان الوجه في تحريم ذلك عليه ، مع أن منافع الوقف له خاصة وان شاركته في الملك البطون المتأخرة ، والوطيء من جملة المنافع ، هوالفرق بين الانتفاع بالوطيء وغيره من المنافع ، من حيث ان الوطيء معرض للحمل الموجب لصيرورتها أم ولد المانع من دوام الوقف على باقي البطون ، لانعتاقها بموته .

وأما الوجه في حرمة الولد اذا أولدها ، فلأن وطأه غير معدود من الزنا ،

(١) ج ١٩ ص ٤٧٤ .

لأنه مالك في الجملة ، ولا تجب عليه القيمة ، لمن بعده من البطون ، لأنه مخصوص بالاستحقاق الآن ، اذ المفروض انحصار تلك الطبقة فيه ، فلاشريك له الآن ، لامن البطن الذي هو فيه ، ولا من البطون المتأخرة ، والولد بمنزلة كسبها ، وثمرة البستان ، فيملكه زمان ملكه ، لأمّه ، إلا أن هذا مبني على أحد القولين الآتيين في المسئلة ، والقول الآخر أنه يكون وقفاً كأمّه ، وأما عدم وجوب الحد عليه ، فلما عرفت من أنه غيرزان وان فعل حراماً كنظائره من وطىء الحليلة محرماً ، ويحتمل وجوب الحد اذا لم تكن له شبهة يدرأ بها ، بناء على القول بعدم انتقال الملك اليه ، إلاأنه قال في التذكرة : انه لاحد أيضاً هنا ، لأن شبهة الملك فيه ثابتة ، والمراد أن شبهة كونه مالكا فتحققه ، وان رجحنا عدم ملكه لأنها مسئلة اجتهادية ، لايرفع ترجيح أحدجانبيها أصل الشبهة عن الجانب الآخر وهو كاف في درأ الحد ، وهو كما ذكره (قدس سره) .

بقي الكلام هنا في موضعين أحدهما أنه هل تصير بالاستيلاد أم ولد ، أم لا ؟ قولان : وعلّل الأول بتحقق العلوق منه في ملكه على القول بانتقال الملك اليه ، لأن مبنى الكلام على ذلك ، وهذا هو السبب في صيرورتها ام ولد بالنص والاجماع وعلّل الثاني بأن السبب إنما هو العلوق في الملك التام المختص بالمالك المعين ، والملك هنا غير مختص به ، لأن باقي البطون حقهم متعلق بها الآن ، وهو يرجع الى منع ما ادعى من سببيّته السبب الأول ، لأنها يقوم عليه كلها بالاستيلاد ، ولاشيء من أم الولد كذلك بالاستقراء ، ولمنافاة الوقف الاستيلاد .

وأنت خبير بأن مرجع ماذكر من التعليلين المذكورين الى تعارض عموم النهي من ابطال الوقف وتغييره ، والحكم بدوامه ولزومه ، وعموم مادل على ثبوت الاستيلاد ، وترتب أحكامه ، والقائل الأول اعتمد على العموم الثاني وخصص به الأول ، والقائل الآخر عكس ، والحق هو تعارض العمومين ، وتخصيص أحدهما بالآخر يحتاج الى مرجح ، وليس فليس ، فتبقى المسئلة في قالب الاشكال ، مضافاً الى عدم النص في أصل المسئلة ، فيتعاظم الاشكال .

وثانيهما أنه على تقدير صيرورتها أم ولد كماهو أحد القولين المتقدمين فهل تؤخذ القيمة من تركته للبطون المتأخرة بعد موته ، وانعتاقها بموته ؟ قيل فيه وجهان : أطال الكلام فيهما في المسالك ، وحيث أن أصل المسئلة كما عرفت عارية عن النص ، والركون في اثبات أحكامها وما يتفرع عليها الى مجرد هذه التعليلات المتداولة في كلامهم مشكل ، أغمضنا النظر عن الكلام فيها .

ومنهاـ أنه يجوز تزويجها ، والمتولي لذلك هو الموقوف عليه ان قلنا بانتقال الملك اليه ، وان قلنا بالانتقال الى الله فالحاكم الشرعي ، لأنه المتولي لنحو ذلك ونقل عن الشيخ أنها تزوج نفسها ، ورده من تأخر عنه بأنه ضعيف .

وان قلنا ببقاء الوقف على ملك ذلك الواقف ، كان التزويج اليه ، ومهرها للموجودين من الموقوف عليهم ، أو الجهة الموقوف عليها ، لأنه فائدة من فوائدها وعوض من منفعتها المختصة بهم ، فيكون عوضها كذلك .

ومنهاـ أنه لو أتت بولد ، وكان من مملوك أوزنا ، فقيل : انه يختص به البطن الذى يولد معهم ، لأنهم من جملة النماء ، فأشبه الكسب ، وثمرة البستان ، وولد الدابة ، والظاهر أن هذا هو المشهور ، وذهب الشيخ وابن الجنيد وجماعة الى أنه يكون وقفاً كأمّه ، لأن كل ولد ذات رحم حكمه حكم أمّه كالمدبرة والمرهونة على قول ، ورد بأن الكلية ممنوعة وان كان الولد من حر بعقد صحيح فلا اشكال فيه ، إلا مع اشتراط الرقية في العقد ، على خلاف فيه يأتي تحقيقه ان شاء الله تعالى ـ في محلّه اللايق به ، وان كان من حر بوطيء شبهة قالوا : فهو حر ، وعليه القيمة للموقوف عليه ، فلأنه فوت عليهم ولد أمة بغير استحقاق ، وأرادوا بكون القيمة للموقوف عليه أنها تكون لهم على جهة الملك ، لا على جهة الوقف على أصح القولين .

ومنهاـ أنه لا يجوز للواقف وطؤها على القول بالانتقال الى الموقوف عليه ، أو الانتقال الى الله سبحانه ، لخروج الملك عنه ، فيكون كالأجنبي يترتب على وطئه ما يترتب على الأجنبي ، وأمّا على القول ببقاء ملكه قالوا : فانه لا حد عليه لشبهة الملك

وفي نفوذ الاستيلاد الخلاف في استيلاد الراهن ، لتعلق حق الموقوف عليه وأولى بالمنع هنا ، والله العالم .

المقصد الثاني في الصدقة :

قد عرفت مما قدمنا في سابق هـذا المطلب أن الصدقة في الصدر الأول إنما تطلق بمعنى الوقف ، ولهذا ان الأصحاب (رضي الله عنهم) قد استندوا في كثير من أحكام الوقف الى الأخبـار الواردة بلفظ الصدقة كما تقدم ذكره ، وحينئذ فالصدقة في الأخبار أعم من هذا المعنى المبحوث عنه من الوقف ، وقد يوجد فيها من القرائن ما يتعين به أحدهما ، وقد لا يوجد فيبقى محتملاً لكل من الأمرين كما سيظهر لك ــ ان شاء الله تعالى ــ في البين .

وقد ذكر الأصحاب بأنه لابد في الصدقة من العقد المشتمل على الايجاب والقبول ، كما يعتبر في غيرها من العقود اللازمة .

أقول : اذا أريد بالقبول هو القبول القولي ففي فهمه من الأخبار اشكال ، لعدم ما يدل عليه فيها ، وان أريد الفعلي فهو المفهوم منها خاصة كما لا يخفى على المتدبر ، وستمر بك شطر منها ان شاء الله تعالى .

ومن شروطها القبض ، لكن باذن المالك عند الأصحاب ، فلو قبضها بغير اذنه لم ينتقل اليه ، قالوا : لان القبض المترتب عليه أثره ، هو المأذون فيه شرعاً والمنهي عنه غير منظور اليه ، ونحوها غيرها من العقود المفتقرة الى القبض ، كالوقف والهبة .

ومن شروطها أيضاً القربة ، والظاهر أنه اجماعي ، وعليه تدل جملة من الأخبار الآتية ان شاء الله تعالى ، حتى اذا حصل القبض بعد العقد المشتمل على التقرب بها امتنع الرجوع فيها على الأشهر الأظهر ، ونقل عن الشيخ أنه قال : ان صدقة التطوع عندنا بمنزلة الهبة في جميع الأحكام ، ومن شروطها الايجاب والقبول

ولا يلزم إلا بالقبض ، وكل من له الرجوع في الهبة له الرجوع في الصدقة عليه .

ورد بأن المقصود بالصدقة الأجر والثواب كما يدل عليه اشتراط القربة فيها ، وقد حصل فلا يجمع بين العوض والمعوض عنه ، ولو سلّم مساواتها للهبة ، فانها يمتنع أيضاً الرجوع في الهبة مع التعويض فيها مطلقاً بقربة أو غيرها .

وبالجملة فان قول الشيخ ضعيف ، لدلالة الأخبار الآتية ـ ان شاء الله تعالى ـ على امتناع الرجوع مع القربة ، والواجب نقل ما وصل الينا من الأخبار المتعلقة بالمقام ، والكلام فيها بما رزق الله تعالى فهمه منها ببركة أهل الذكر (عليهم الصلاة والسلام) .

فمنها ما رواه في الكافي والتهذيب في الحسن أو الصحيح في الأول ، والموثق في الثاني ، عن حماد وهشام وابن أذينة وابن بكير وغيرهم (١) كلهم قالوا « قال أبو عبدالله عليه‌السلام : لا صدقة ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى » .

وعن زرارة (٢) في الصحيح «عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال : ان الصدقة محدثة ، إنما كان الناس على عهد رسول الله (صلى‌الله عليه وآله وسلّم) ينحلون ويهبون ولا ينبغي لمن أعطى لله شيئاً أن يرجع فيه ، قال : وما لم يعط لله وفي الله فانه يرجع فيه ، نحلة كانت أو هبة ، حيزت أو لم تحز ، ولا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته » الحديث ، ويأتي تمامه ـ ان شاء الله تعالى في مقصد الهبة .

قال المحدث الكاشاني في الوافي في ذيل هذا الخبر : الصدقة ما يعطى لله سبحانه ، والهبة والنحلة ما يعطى لأغراض أخر ، وأكثر ما يطلق النحلة فيما لا عوض له ، بخلاف الهبة ، فانها عامة ، وقد تكون لله تعالى ، وكثيراً ما تطلق الصدقة على الوقف كما سيتبين فيما بعد ذلك ، لأن الوقوف انما تكون لله سبحانه وأكثر ما نسب الى نحو الدار والمضيفة على غير محصور ، فالمراد بها الوقف

---

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ٣٠ ح ٢ و ٣ ، التهذيب ج ٩ ص ١٥١ ح ٦٧ و ص ١٥٢ ح ٦٢٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٠ ح ٣ و ص ٣٣٤ ح ١ من باب ٣ .

لله سبحانه ، ولعل المراد بالحديث أن الناس كانوا على عهد رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلّم) لا يتصدق بعضهم على بعض اذا أرادوا معروفاً فيما بينهم سوى الزكاة وما يعطى لأهل المسكنة ، بل كانوا يهبون وينحلون ، إما لارادة تحصيل ملكة الجود أو إرادة سرور الموهوب له أو الاثابة منه أو غير ذلك ، وانما صدقة بعضهم على بعض في غير الزكاة والرحم المسكين أمر محدث ، يعنى اطلاق هذه اللفظة في موضع الهبة والنحلة محدث ، لايدرى ما يعنى به من يتفوه بها ، أيجعلها لله أم لا ؟ ثم ان الصدقة حيث لاتكون إلالله عزوجل فلايجوز الرجوع فيها ، لأن مايعطى لله وفي الله فلارجعة فيه ، وذلك لأنه بمجرد الابانة استحق الأجر وكتب له ومالم يعط لله وفي الله جاز الرجعة فيه إلا في مواضع مستثناة كما يأتى ، انتهى .

أقول : الظاهر ان المراد بقوله عليه‌السلام إنما الصدقة محدثة إنما هو بمعنى أن اطلاق الصدقة على هذا المعنى المشهور الآن ، المشروط بالشروط المتقدمة أمر محدث لم يكن في زمنه (صلى‌الله عليه وآله وسلم) وانما الذي في زمنه النحل والهبات والصدقة يومئذ انما تستعمل بمعنى الوقف ، كما في صدقات علي عليه‌السلام وفاطمة والكاظم (صلوات‌الله عليهما) المتقدم جميع ذلك ، الا أن المراد ماذكره من أن اطلاق هذه اللفظة في موضع الهبة والنحلة محدث ، ويشير الى ماقلناه مارواه في الكافي والتهذيب عن عبيد بن زرارة (١) في الموثق « قال : سألت أبا عبدالله عليه‌السلام عن الرجل يتصدق بصدقة ؟ أله أن يرجع في صدقته ؟ فقال : ان الصدقة محدثة انما كان النحل والهبة ، ولمن وهب أو نحل أن يرجع في هبته حيز أو لم يحز ، ولاينبغى لمن اعطى شيئاً لله أن يرجع فيه » فان الخبر كما ترى ظاهر في أن السؤال انما هو عن الصدقة المعهودة ، وقد أجاب عليه‌السلام بأن الصدقة بهذا المعنى أمر محدث ، وانما المستعمل يومئذ النحل والهبة ، ثم أجاب بأن من من أعطى لله يعنى قرن عطيته بالقربة صدقة كانت أو هبة

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٠ ح ٤ ، التهذيب ج ٩ ص ١٥٣ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٢ ح ١ .

أو نحلة فانه لا ينبغي الرجوع فيه ، أي لا يجوز ، فان لفظ لاينبغي ، في هذه الأخبار بمعنى التحريم كما سيظهر لك ـ ان شاء الله تعالى ـ وأما قوله عليه السلام «أنه يجوز الرجوع لمن وهب أو نحل حيز أو لم يحز» فالمراد به مع عدم القربة كما ينبه عليه قوله في الخبر الذي قبله «ومالم يعط لله وفي الله فانه يرجع فيه نحلة كانت أو هبة حيزت أو لم تحز» ونحو هذا الخبر، فيما ذكرنا ماتقدم في سابقه من قوله عليه السلام : «ولا ينبغي لمن أعطى لله شيئاً أن يرجع فيه .»

وكيف كان فالخبر الأول صريح في اشتراط الصدقة بالقربة ، الا أنه أعم من الصدقة بالمعنى المذكور ، أو الوقف ، والاخيران ظاهران في عدم جواز الرجوع مع القربة .

ومنها مارواه في الكافي والتهذيب عن محمد بن مسلم (١) في الصحيح «عن أحدهما عليهما السلام ورواه الشيخ بسند آخر عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنه سئل عن رجل كانت له جارية فآذته امرأته فيها فقال : هي عليك صدقة ، فقال: ان كان قال ذلك لله فليمضها ، وان لم يقل : فله أن يرجع ان شاء فيها» وهذا الخبر ظاهر فيما ذكره الأصحاب مع أنه مع القربة فلايجوز له الرجوع .

وفيه رد لما تقدم نقله عن الشيخ (رحمه الله) ولكن يجب تقييده بحصول القبض الذي هو شرط لزوم الصدقة كما ستعرف ان شاء الله تعالى، والصدقة في هذا الخبر ظاهرة في المعنى المعهود ، ولامجال لحملها على الوقف ، وعن جميل في الحسن (٢) أو الصحيح «قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام رجل يتصدق على ولده بصدقة وهم صغار أله أن يرجع فيها ؟ قال : لا الصدقة لله عز وجل» والتقريب فيه ماتقدم في سابقه إلا أن لفظ الصدقة هنا محتمل للحمل على المعنى المعهود والحمل على الوقف ، لكن الأصحاب يخصونه بالأول حيث أن القربة عندهم غير مشترطة في الوقف على المشهور .

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٢ ح ١٢ ، التهذيب ج ٩ ص ١٥١ ح ٦٤ .
(٢) الكافي ج ٧ ص ٣١ ح ٥ ، التهذيب ج ٩ ص ١٣٥ ح ١٥ .
وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣١٩ ح ١ و ص ٢٩٨ ح ٢ .

ومنها ما رواه الشيخان المتقدمان عن السكوني(١) عن أبي جعفر عليه السلام ورواه الصدوق والشيخ أيضاً عن عبيد بن زرارة (٢) «عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال في رجل تصدق على ولده قد أدركوا فقال: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأن والده هو الذي يلي أمرهم، وقال عليه السلام: لا يرجع في الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله عز وجل».

أقول: وهذا الخبر أيضاً محتمل للحمل على المعنيين المتقدمين، ولهذا ان الأصحاب قد استدلوا به على اشتراط القبض في الوقف، وأنه مع عدم القبض يبطل ويرجع ميراثاً، واللازم من ذلك اشتراط القربة في الوقف كما صرح به في آخر الخبر، مع أن المشهور بينهم عدمه، ومن ثم ناقشهم في الاستدلال به صاحب المسالك، كما تقدم في مقصد الوقف، والظاهر هو الاشتراط في الموضعين، والمراد من الجواز في قوله «فهو جائز» يعني واقع صحيح.

ومنها ما روياه عن الحكم بن أبي عقيلة (٣) «قال: تصدق على أبي بدار وقبضتها ثم ولد له بعد ذلك أولاد فأراد أن يأخذها مني ويتصدق بها عليهم، فسألت أبا عبدالله عليه السلام عن ذلك فأخبرته بالقصة فقال: لا تعطها اياه، قلت: فانه إذاً يخاصمني قال: فخاصمه ولا ترفع صوتك على صوته».

وما رواه في الفقيه عن موسى بن بكر عن الحكم (٤) «قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ان والدي تصدق علي بدار ثم بدا له أن يرجع فيها، وان قضاتنا يقضون لي بها فقال: نعم ما قضت به قضاتكم ولبئس ما صنع والدك إنما الصدقة لله عز وجل، فما جعل لله فلا رجعة فيه له، وان أنت خاصمته فلا ترفع عليه

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ٣١ عن محمد بن مسلم ح ٧ و ص ٢٩٩ ح ٥ التهذيب ج ٩ ص ١٤٥ ح ٥٢، الفقيه ج ٤ ص ١٨٢ ح ٢٠.
وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٧ ح ١ و ص ٢٩٩ ح ٥.
(٣) الكافي ج ٧ ص ٣٣ ح ١٨، التهذيب ج ٩ ص ١٣٦ ح ٢٠.
(٤) الفقيه ج ٤ ص ١٨٣ ح ٢٢.
وهما في الوسائل ج ١٨ ص ٢٢٤ ح ١ و ج ١٣ ص ٣١٦ ح ١.

صوتك ، وان رفع صوته فاخفض أنت صوتك قلت له : فانه قد توفي قال : فاطب بها».

أقول : وهـذان الخبران بضم أحدهما الى الآخر صريحان في أنها بالقبض والقربة لايصح الرجوع فيها حسب ما صرح به الأصحاب ، والخبر الأول وان كان مجملاً بالنسبة الى القربة ، الا أن الثاني صريح في أن العلّة في عدم صحة الرجوع بعد القبض هو التقرب الى الله سبحانه ، وأن الصدقة لاتكون الامع القربـة ، وهي ظاهرة في اشتراط القبض والقربة كما قدمنا ذكـره ، والظاهر أن الصدقة فيهما بالمعنى المبحوث عنه .

بقي الكلام فيما اشترطـه الأصحاب (رحمهم الله) في اذن المالك في صحـة القبض ، فان الروايات خالية منه ، وما ذكـروه من التعليل المتقدم ذكره مـع كونـه لايصلح لتأسيس حكـم شرعي لايخلو من مناقشة أيضاً ، قوله «ان القبض المترتب عليه أثره يعني لزوم العقد هو المأذون فيه شرعاً» مدخول بأنه بعد العقد وقصد التقرب فيه لله سبحانه ، فانـه يحصل بـه الأنتقال الى من تصدق به عليه ، فإذا قبضه فقد قبض حقا شرعياً انتقل اليه بالعقد الشرعي ، والأذن الشرعي حاصل على هذا التقدير كما لايخفى ، لأنـه لم يتعد في قبضه ، ويؤيده قوله في الروايـة الأولى تصدق علي بدار وقبضتها ، فانه أعم من أن يكـون المالك أقبضه أو قبض بنفسه ، وبالجملة فالأصل العدم حتى يقوم دليل على هذا الشرط .

ومنها مارواه الشيخ في الصحيح عن الحلبي(١) عـن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال رسـول الله (صلى الله عليه وآلـه وسلّم) : إنما مثل الذي يـرجع في صدقته كالذي يرجـع في قيئه» وعن جراح المدائني(٢) «عن أبي عبدالله عليه السلام أنـه قال : في الرجل يرتد في الصدقة قال : كالذي يرتد في قيئه» وعن عبدالله بن سنان(٣) «قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يتصدق بالصدقة ثـم يعود في صدقته فقال:

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٥٥ ح ١٢ .

(٢) و (٣) التهـذيب ج ٩ ص ١٥٥ ح ١١ و ص ١٥١ ح ٦٥ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣١٦ ح ٤ و ٢ و ص ٣١٧ ح ٥ .

قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلّم) : إنما مثل الذي يتصدق بالصدقة ثم يعود فيها مثل الذي يقي ثم يعود في قيئه » .

أقول : وهذه الأخبار كما ترى صريحة في عدم جواز الرجوع في الصدقة بعد حصول الشروط المتقدمة ، وفيها مع ماتقدم من أخبار الدار رد على ما تقدم نقله عن الشيخ من جواز الرجوع ، وقد تقدمت جملة من الأخبار بلفظ الصدقة في أحكام الوقف ، واستدل به على تلك الأحكام ، ومنها ما هو صريح في الوقف ، ومنها ماهو محتمل لذلك ، ولكن الأصحاب فهموا منها الحمل على الوقف ، والذي يتلخص من النظر في الأخبار والجمع بينها وان لم يذهب اليه أحد من علمائنا الأبرار هو أن الصدقة أعم من المعنى المبحوث عنه هنا ، ومن الوقف ، وكل من الأمرين مشترط بالقبض والقربة ، وعدم جواز الرجوع بعد استكمال الشروط ، لكن متى قرنت بالدوام تمحضت المحمل على الوقف ، أو كانت الصدقة على جهة من الجهات أو مصلحة من المصالح المتقدمة ، فانها يختص بالوقف أيضاً ، وماعدا هما فهو قد تشتمل على ما تختص بالصدقة بالمعنى المبحوث عنه ، وقد يكون محتملاً للأمرين كما عرفت ، والله العالم .

تنبيهات :

الاول ـ قال الشيخ في النهاية : ما تصدق به الانسان لوجه الله تعالى لايجوز أن يعود إليه بالبيع والهبة والشراء ، فان رجع إليه بالميراث كان جايزاً ، وبنحو ذلك صرح الشيخ المفيد (عطر الله تعالى مرقده) ومنع ابن إدريس من تحريم العود لعدم الدلالة عليه ، فان المتصدق عليه قد ملك العين فله بيعها على من شاء من المتصدق وغيره ، قال : وقد رجع في الخلاف فقال في كتاب الزكاة : يكره للانسان أن يشتري ما أخرجه في الصدقة ، ثم تعجب من كلام الشيخ في الموضعين ، وظاهر المشهور بين الأصحاب الجواز على كراهة ، وعليه حمل في المختلف كلام الشيخ ، قال : لأنه يطلق لفظ لايجوز على المكروه كثيراً .

أقـول : والذي وقفت عليه من الأخبار المتعلّقة بما ذكر مارواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عـن منصوربن حازم (١) «عن أبـيعبدالله عليه‌السلام قال : ان تصدقت بصدقة لم ترجع اليك ولم تشترها الا أن تورث» .

ومارواه الشيخ عن منصوربـن حازم (٢) (قال : قال أبوعبدالله عليه‌السلام) إذا تصدق الرجل بصدقـة لم يحل له أن يشتريـها ولايستوهبها ولايستردها الافـي الميراث» ومارواه الشيخ عن عليبن إسماعيل عمن ذكره (٣) «عن أبيعبدالله عليه‌السلام في الرجل يخرج الصدقة يريد أن يعطيها السائل فلا يجده قال : فليعطها غيره ولايردها في ماله» .

وعن محمدبن مسلم (٤) فيالصحيح عن أبيجعفر عليه‌السلام قال : اذا تصدق الرجل علىولده بصدقة فانه يرثها ، وأذا تصدق بهاعلىوجه يجعله لله فانه لاينبغيله .

وعن طلحة (٥) «عن جعفـر عن أبيه عليهما‌السلام قال : من تصدق بصدقة ثـم ردت عليه فلايأكلها ، فانه لاشريك لله عزوجل في شيء فيما جعل له ، انما هو بمنزلة العتاقة لايصلح ردها بعدما يعتـق» .

وما رواه في الفقيـه والتهـذيب عـن اسماعيل الجعـفي (٦) «قال : قال أبوجعفر عليه‌السلام من تصدق بصدقة فردها عليه الميراث فهي له» .

وما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح في الثانيعن محمدبن مسلم (٧) «عن أحدهما عليهما‌السلام فيالرجل يتصدق بصدقة أيحل لهأن يرثها ؟ قال : نعم» .

وعنأبيالجارود(٨)«قال:أبوجعفرعليه‌السلام لايشترىالرجلماتصدقبه» الحديث.

---

(١) و (٢) الكافـي ج ٧ ص ٣١ ح ٨ ، التهذيب ج ٩ ص ١٥٠ ح ٦١ .

(٣) التهـذيب ج ٩ ص ١٥٧ ح ٢٤ .

وهذه الروايات في الوسائل ج١٣ ص ٣١٩ ح ٥ و ص ٣١٨ ح ١ و ص٣١٧ ح ٦ .

(٤) و (٥) التهذيب ج ٩ ص ١٥١ ح ٦٣ و ص ١٥٢ ح ٦٩ .

(٦) التهذيب ج ٩ ص ١٥٠ ح ٦٠ ، الفقيـه ج ٤ ص ١٨٤ ح ٢٦ .

(٧) الكافـي ج ٧ ص ٣٢ ح ١٥ ، التهذيب ج ٩ ص ١٥١ ح ٦٢ .

(٨) التهذيب ج ٩ ص ١٣٤ ح ١٤ ، وهذه الروايات فيالوسائل ج ١٣ ص ٣١٩ ح ٥ و ص ٣١٨ ح ١ و ٤ و ٢ وص ٣١٦ ح ٣ .

وأنت خبير بأن ماهو المشهور من الجواز في غير الميراث وان كان على كراهية هو الأوفق بمقتضى الأدلّة العقلية ،لأنه بانتقاله الى ملك المتصدق عليه تصير كسائر أمواله في بيعه أوهبته أونحوذلك على المتصدق أو غيره ، لكن هذه الأخبار كما عرفت قداتفقت من غير معارض على المنع من ذلك .

ومنها ما هو صريح في التحريم مثل قوله لايحل في الرواية الثانية معلّلاً ذلك في رواية طلحة بأنه لاشريك لله فيما جعل له ، بمعنى أنه بعدان أخرجها عن نفسه لله سبحانه فتصرفه فيها بعد الانتقال اليه ببيع أوهبة أو نحوهما مستلزم لذلك ، وأن الصدقة بمنزلة العتق لله سبحانه ، لاتصلح رده لمن أعتقه بوجه من الوجوه ، وينبغي تخصيصه بغير الرد بالميراث كما دلّت عليه الأخبار الباقية ، وبالجملة فالمسئلة غيرخالية من شوب الأشكال .

وظاهر كلام الشيخين انماهو التحريم ، والروايات كماترى ظاهرة فيه ، ولامعارض لها الاما عرفت من الدليل العقلي ، والخروج عنها بمجرد ذلك مشكل وكم مثل ذلك في الأخبار ، ثم لايخفى عليّ من جاس خلال الديار .

بقي هنا اشكال آخر أيضا وهوأن اكثر هذه الأخبار قد صرحت باستثناء الميراث من الكراهة والتحريم على القول به ، وظاهر صحيحة محمدبن مسلم تخصيص الارث بما اذا لم يكن تلك الصدقة على وجه يجعله لله ، فلوكانت الصدقة لله سبحانه فانه لاينبغى له أن يتصرف فيها بالارث أيضاً ، وتقييد تلك الروايات الكثيرة بهذه الرواية بأن تحمل تلك الروايات على أن الصدقة خالية من التقرب كما احتمله في الوافي وجعله وجهاً للجمع بين الأخبار في غاية البعد .

وكيف لا والصدقة بدون شرط القربة غير لازمة فله الرجوع فيها شرعاً فضلا أن يشتريها ويتهبها ، ورواية طلحة قد علّلت عدم الجواز بالتقرب في الصدقة بمعنى أن العلّة في عدم جواز اتباعها واتهابها من حيث انه اخرجها لله سبحانه .

وبالجملة فبعده أظهر من أن يخفى على الناظر المتأمل في هذه الأخبار فهي مرجوعة الى قائليها (صلوات الله عليهم) ، والله العالم .

الثاني : لا خلاف بين الأصحاب (رضوان الله عليهم) في تحريم الصدقة أعني الزكاة المفروضة على بني هاشم الا في حال الاضطرار ، وانما الخلاف هنا في مقامين أحدهما ـ في الصدقة الواجبة غير الزكاة كالمنذورة والكفارة ونحوهما ، فظاهر اطلاق جملة من الأصحاب التحريم .

وقال في المسالك : لا خلاف في تحريم الصدقة الواجبة على بني هاشم في الجملة عدا ما استثنى ، ولكن اختلفوا في عمومها وتخصيصها بالزكاة ، والأكثر أطلقوا كالمصنف ، وكذلك ورد تحريم الصدقة من غير تفصيل ، فيعم ، ولكن ظاهر جملة من الأخبار أن الحكم مختص بالزكاة ، فيكون ذلك تقييداً لما أطلق منها ، انتهى وهو جيد .

ومن الروايات التي أشار اليها بأنها دالة على الاختصاص بالزكاة صحيحة زرارة وأبي بصير ومحمد بن مسلم (١) « عن أبي جعفر عليه‌السلام وأبي عبدالله عليه‌السلام قالا : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) : ان الصدقة أوساخ أيدي الناس ، وأن الله حرم علي منها ومن غيرها ما قد حرمه ، فان الصدقة لا تحل لبني عبد المطلب » الحديث فان التعليل بالأوساخ ظاهر في الزكاة لأنها مطهرة للمال .

وأصرح منها في ذلك صحيحة اسماعيل بن الفضل الهاشمي (٢) « قال : سألت أبا عبدالله عليه‌السلام عن الصدقة التي حرمت على بني هاشم ماهي ؟ فقال : هي الزكاة قلت : فتحل صدقة بعضهم على بعض ، قال : نعم » .

ورواية زيد الشحام (٣) « عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال : سألته عن الصدقة التي حرمت عليهم ماهي ؟ فقال : الزكاة المفروضة » .

وأما ما أشار اليه من الروايات التي وردت بتحريم الصدقة من غير تفصيل

(١) الكافي ج ٤ ص ٥٨ ح ٥٨ ، الوسائل ج ٦ ص ١٨٦ ح ٢ .
(٢) الكافي ج ٤ ص ٥٩ ح ٥ ، الوسائل ج ٦ ص ١٩٠ ح ٥ .
(٣) الوسائل ج ٦ ص ١٩٠ ح ٣ .

فمنها صحيحة جعفر بن إبراهيم الهاشمي (١) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قلت له : أتحل الصدقة لبني هاشم ؟ فقال : انما تلك الصدقة الواجبة على الناس لاتحل لنا ، فأما غير ذلك فليس به بأس ، ولو كان كذلك ما استطاعوا أن يخرجوا الى مكة هذه المياه عامتها صدقة » .

ونحوها غيرها وطريق الجمع حمل اطلاق هذه الأخبار على مادلت عليه تلك الأخبار من التقييد بالزكاة صراحتها في ذلك ، وبه يظهر ضعف قول من ذهب الى العموم ، وان نسب الى الأكثر .

وثانيها في الصدقة المستحبة والمشهور بين الأصحاب (رحمهم الله الجواز) ونسبه في المنتهى الى علمائنا ، وأكثر العامة ، وخالف في التذكرة فذهب الى التحريم ، وقد تقدم تحقيق الكلام في ذلك في كتاب الزكاة (٢) .

الثالث : قد صرح جملة من الأصحاب بأنه تجوز الصدقة على الذمي وان كان أجنبياً ، لقوله (٣) (صلى الله عليه وآله وسلّم) « على كل كبد حراء أجر » ولقوله تعالى (٤) « لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبرهم » .

وهذا هو المشهور ونقل في الدروس عن الحسن بن أبي عقيل المنع من الصدقة على غير المؤمن مطلقا ، وظاهر بعض الأصحاب أن الخلاف في الصدقة على الذمي كالخلاف في الوقف عليه ، وقد تقدم الكلام في الوقف عليه ، والخلاف في ذلك .

والذي وقفت عليه من الروايات المتعلقة بهذا المقام مارواه في الكافي عن سدير الصيرفي (٥) في الموثق « قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام أطعم سائلا لاأعرفه

(١) الكافي ج ٤ ص ٥٩ ح ٣ ، الوسائل ص ١٨٩ الباب ٣١ ح ٣ .
(٢) ج ١٢ ص ٢١٧ .
(٣) هامش الجامع الصغير ج ٢ ص ٦٦ ، المستدرك ج ٢ ص ٥٤٦ ، الكافي ج ٤ ص ٥٨ وفيه ان الله يحب ابراد الكبد الحرى ومن سقى كبداً حرى من بهيمة أو غيرها أظله الله يوم لاظل الا ظله ، الوسائل ج ٦ ص ٢٨٤ ح ١ .
(٤) سورة الممتحنة ــ الاية ٨ .
(٥) الكافي ج ٤ ص ١٣ ح ١ ، الوسائل ج ٦ ص ٢٨٨ ح ٣ .

مسلماً ؟ فقال : نعم أعط من لاتعرفه بولاية ولاعداوة للحق ان الله تعالى يقول : « وقولوا للناس حسناً » ولا تطعم من نصب لشيء من الحق ، اودعا الى شيء من الباطل ، وهذه الرواية ظاهرة في جواز اعطاء المستضعفين الذين هم احد افراد المسلمين ، وهم اكثر الناس في الصدر الأول ، وقوله في الخبر لا اعرفه مسلماً أي مؤمنا ، وقد حققنا في جملة من زبرنا وكتبنا سيما كتاب الشهاب الثاقب ، ان الناس في زمنهم عليهم السلام كانوا على اصناف ثلاثة مؤمن وكافر ومسلم ، والأول من عرف الامامة ودان بها ، والثاني من جحدها وانكرها ، والثالث من جهلها ويعبر عنه في الاخبار بمن لا يعرف ولاينصب ، كما يشير اليه هذا الخبر ، ويؤيد ماقلناه مارواه في الكافي عن المعلّى بن خنيس (١) « قال خرج ابوعبدالله عليه السلام في ليلة قدرشت ، وهو يريد ظلة بني ساعدة ماتبعته فاذا هو قد سقط منه شيء فقال : بسم الله ، اللهم ردعلينا قال فأتيته وسلمت عليه ، فقال : معلّى قلت : نعم جعلت فداك فقال : التمس بيدك ، فما وجدت من شيء فادفعه إلي فاذا انا بخبز منتشر كثير فجعلت ادفع اليه ماوجدت ، الى ان قال فأتينا بني ساعدة فاذا نحن بقوم نيام فجعل يدس الرغيف والرغيفين حتى اتى على آخرهم ، ثم انصرف ، فقلت : جعلت فداك ، يعرف هؤلآء الحق ؟ فقال : لو عرفوا لواسيناهم بالدقة والدقة هي الملح » الحديث ، فان هؤلآء المذكورين ممن اشرنا اليهم بأنهم من المسلمين الذين لايعرفون ولاينصبون ، وفي هذين الخبرين رد لما تقدم نقله ، عن ابن أبي عقيل من منع الصدقة على غير المؤمن .

ومنها ما رواه في الكافي (٢) عن عمرو بن ابي نصر ، « قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام ان اهل السواد يقتحمون علينا وفيهم اليهود والنصارى والمجوس ، فنتصدق عليهم قال : نعم » وهذا الخبر دال على ماهو المشهور بين الأصحاب عليهم السلام مما قدمنا ذكره ، وفيه رد على ابن أبي عقيل ايضاً .

---

(١) الوسائل ج ٦ ص ٢٨٤ ح ١ . الكافي ج ٤ ص ٨ ح ٣ .

(٢) الكافي ج ٤ ص ١٤ ح ٣ .

ومارواه في الكافي عن عبدالله بن الفضل النوفلي(١) عن ابيه عن ابي عبدالله عليه السلام ورواه الصدوق مرسلاً عن ابي عبدالله عليه السلام « انه سئل عن السائل يسأل ولا يدرى ماهو ، فقال : اعط من وقعت له الرحمة في قلبك ، وقال : اعط دون الدرهم ،قلت اكثر ما يعطى ؟ قال اربعة دوانيق ، وفيه رد لما ذهب اليه ابن ابى عقيل ايضاً .

وما رواه في الكافي ، عن منهال القصاب (٢) « قال : قال ابو عبدالله عليه السلام اعط الكبير والكبيرة والصغير والصغيرة ومن وقعت له في قلبك رحمة واياك وكل وقال بيده وهزّها » .

والمستفاد من هذه الأخبار هو جواز الصدقة على غير المؤمن من ذمّي وغيره ، ولكن يعطى كما يعطى المؤمن وانما يعطى بقدر دفع الضرورة ، وقوله في هذا الخبر : واياك وكل يعني وكل ما تعطيه غيره من المؤمنين ، فهو في معنى الخبر الذى قبله ، والله العالم .

الرابع : قد استفاضت الأخبار بالحث على التصدق وما فيه من عظيم الاجر ودفع البلاء وجلب الرزق فروى في الكافي في الصحيح (٣) « عن زرارة عن سالم بن ابي حفصة عن ابي عبدالله عليه السلام قال: ان الله تعالى يقول مامن شيء إلا وقد وكلت به من يقبضه غيرى إلا الصدقة فاني اتلقفها بيدى تلقفاً حتى ان الرجل يتصدق بالتمرة اوبشق التمرة ، قال : فاربيها له كما يربى الرجل فلوه وفصيله فيأتى يوم القيامة وهو مثل احد أو أعظم من احد » .

وروى في الكافي والفقيه مسنداً في الأول عن إسحاق بن غالب (٤) عمّن حدثه عن ابي جعفر عليه السلام ومرسلاً في الثاني عن ابي جعفر عليه السلام قال البر والصدقة ينفيان الفقر ويزيدان في العمر ويدفعان عن صاحبهما سبعين ميتة السوء قال في الكافي وفي

---

(١) الكافي ج ٤ ص ١٤ ح ٢ ، الفقيه ج ٢ ص ٣٩ ح ١٦ .
(٢) الكافي ج ٤ ص ١٤ ح ٢ باب الصدقة على أهل البوادى .
(٣) الكافي ج ٤ ص ٤٧ ح ٦ .
(٤) الكافي ج ٤ ص ٢ ح ٢ ، الفقيه ج ٢ ص ٣٧ ح ٢
وهذه الروايات في الوسائل ج ٦ ص ٢٨٩ ح ٦ و ص ٢٨٨ ح ٤ و ص ٢٨٣ ح ٣ و ص ٢٥٥ ح ٤ .

خبر آخر ويدفعان عن شيعتي ميتة السوء الى غير ذلك من الاخبار الكثيرة المذكورة في الكتب الأربعة وغيرها .

الخامس: الأفضل في الصدقة ان تكون سراً وهل هو مخصوص بالمندوبة أو يشمل الواجبة ؟ المشهور الاول ، واستثنى بعضهم من أفضلية الاسرار بها ان لا يكون منهما بترك المواساة فان اظهارها أفضل دفعاً للتهمة ، والذي يدل على أفضلية السر قوله سبحانه « وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم » (١) .

وما رواه في الكافي عن القداح (٢) ، عن أبي عبدالله عن أبيه عليهما السلام قالا : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) : صدقة السر تطفي غضب الرب ، وعن عمار الساباطي (٣) قال: قال لي ابوعبدالله عليه السلام : ياعمار الصدقة والله في السر أفضل من الصدقة في العلانية ، وكذلك والله العبادة في السر أفضل منها في العلانية .

وظاهر الآية مع هذه الاخبار هو أفضلية السر مطلقاً وإليها استند من قال بالعموم ، إلا انه روى في الكافي أيضاً عن ابن بكير في الموثق (٤) عن رجل عن ابي جعفر عليه السلام في قوله تعالى « ان تبدوا الصدقات فنعمّا هي » قال يعني الزكاة المفروضة قال : قلت « وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم » قال : يعني النافلة انهم كانوا يستحبون اظهار الفرائض وكتمان النوافل ، وعن اسحاق بن عمار (٥) في الموثق عن ابي عبدالله عليه السلام في قول الله عز وجل « وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم » فقال هي سوى الزكاة فان الزكاة علانية غير سر وعن ابي بصير (٦) في الموثق عن ابي عبدالله عليه السلام قال : وكل ما فرض الله عليك فاعلانه أفضل من اسراره ،

(١) سورة البقرة ــ الاية ٢٧١ .

(٢) الكافي ج ٤ ص٧ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٤ ص ٨ ح ٢ من باب فضل صدقة السر .
وهما في الوسائل ج ٦ ص ٢٧٥ ح ٢ و ٣ .

(٤) و (٥) (٦) الكافي ج ٤ ص ٦٠ ح ١ و ص ٥٠٢ ح ١٧ و ص ٤٩٩ ح ٩ .
وهذه الروايات في الوسائل ج ٦ ص ٢١٥ ح ٣ و ٢ و ص ٢١٥ ح ١ .

وما كان تطوعاً فاسراره افضل من اعلانه ، ولو ان رجلاً حمل زكاة ماله على عاتقه فقسمها علانية كان ذلك حسناً جميلاً .

ومارواه العياشي في تفسيره (١) « عن الحلبي عن ابيعبدالله عليه السلام قال : سئلته عن قول الله : وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ، قال ليس تلك الزكاة ولكنه الرجل يتصدق لنفسه الزكاة علانية ليس بسر » .

ومن هذه الأخبار يظهر تخصيص الآية وما في معناها من الأخبار بالصدقة المندوبة ، ويظهر ضعف القول بالعموم ، واما ما ذكروه من استحباب الاظهار في المندوبة لدفع التهمة عن نفسه بترك المواساة ، وكذا ما ذكره في المسالك من استحباب الاظهار أيضاً لمتابعة الناس له في ذلك واقتدائهم به لما فيه من التحريص على نفع الفقراء فلم اقف فيه على دليل ، واطلاق هذه الأخبار يدفعه ، وتخصيصها بهذه التعليلات العقلية غير مقبول ، وعلّل الاخفاء والأستتار في المندوبة بانه ابعد من تطرق الريا ، ولا بأس به بان يجعل وجهاً لما دلّت عليه النصوص ، نعم ماذكروه من استحباب الاعلان في الصورتين المذكورتين جيد في الواجبة التى يستحب الاعلان بها ، ويكون ذلك وجهاً للنصوص الدالة على الاعلان فيها ، والله العالم .

المقصد الثالث في الحبس والسكنى والرقبى والعمرى :

اعلم أن انتقال المنفعة الى الغير إما على وجه اللزوم أم لا ، والثاني في العارية والأول اما مع خروج العين عن الملك أم لا ، والأول الوقف ، والثاني إما بعوض أم لا ، والأول الاجارة ، والثاني العمرى التي هي محل البحث هنا ، ومنه يظهر أن ثمرتها هو التسليط على المنفعة مجاناً مع بقاء الملك لمالكه .

ثم أنه ينبغي أن يعلم أن الاختلاف في هذه الألفاظ اعتباري بحسب اختلاف ما تضاف ، والمرجع الى أمر واحد ، فاذا قرنت بالاسكان قيل سكنى ، واذا قرنت

(١) تفسير العياشي ج ١ ص ١٥١ ح ٤٩٩ ، الوسائل ج ٦ ص ٢١٦ ح ٩ .

بالعمر من المالك أو الساكن قيل عمرى ، واذا قرنت بمدة معينة قيل رقبى ، من ارتقاب المدة وخروجها أو رقبة الملك ، وقد يقترن باثنين منها كأن يقول أسكنتك هذه الدار مدة عمرك ، فيقال سكنى لاقترانها بالاسكان ، وعمرى لاقترانها بالعمر ولو قال : أسكنتكها مدة كذا وكذا ، قيل : سكنى ورقبى ، ولو قال : أرقبتكها تحققت الرقبى خاصة ، وتنفرد السكنى فيما لو أسكنه اياها مطلقا وتنفرد العمرى فيما لو كان للعمر في غير مسكن .

قالوا : وهي يعني السكنى عقد يشتمل على الايجاب والقبول والقبض ، وفائدتها التسليط على استيفاء المنفعة مع بقاء الملك على مالكه .

أقول : وقد تقدم الكلام في العقد وما اشترطوه فيه في غير مقام ، ويؤيده ما سيظهر لك ان شاء الله تعالى من الأخبار الواردة في المقام .

قالوا : والعبارة عن العقد أن يقول : أسكنتك أو أعمرتك أو أرقبتك أو ما جرى مجرى ذلك هذه الدار وهذه الأرض أو هذا المسكن عمرك أو عمري أو مدة معينة ، والواجب أولاً نقل الأخبار الواردة فيما يتعلق بهذا الباب ثم الرجوع الى كلام الأصحاب وعرضه عليها ليتميز القشر من اللباب بتوفيق الملك الوهاب ، وبركة أهل الذكر الأطياب .

الأول ـ ما رواه المشايخ الثلاثة عن حمران (١) « قال : سألته عن السكنى والعمرى فقال : ان الناس فيه عند شروطهم ، ان كان شرطه حياته سكن حياته وان كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتى يفنوا ثم يرد الى صاحب الدار » .

الثاني ـ ما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي الصباح الكناني (٢) عن أبي عبدالله عليه‌السلام « قال : سئل عن السكنى والعمرى فقال : ان كان جعل السكنى في

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٣ ح ٢١ ، التهذيب ج ٩ ص ١٣٩ ح ٥٨٧ ، الفقيه ج ٤ ص ١٨٦ ح ٦٥٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٥ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٣٣ ح ٢٢ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٠ ح ٥٨٨ ، الوسائل ج ١٣ و ص ٣٢٦ ح ١

حياته فهو كما شرط ، وان كان جعلها له ولعقبه من بعده حتى يفني عقبه فليس لهم إن يبيعوا ولايورثوا ثم ترجع الدار الى صاحبها الأول » .

الثالث ـ مارواه المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) عن أحمد بن عمر الحلبي (١) عن أبيه في الموثق عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : سألته عن رجل أسكن رجلاً داره حياته قال : يجوز له وليس له أن يخرجه ، قلت : فله ولعقبه ؟ قال : يجوز ، وسألته عن رجل أسكن رجلاً ولم يوقت له شيئا قال يخرجه صاحب الدار اذا شاء » .

الرابع ـ مارواه في الكافي والتهذيب عن الحلبي (٢) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرجل يسكن الرجل داره ولعقبه من بعده ، قال : يجوز لهم وليس لهم أن يبيعوا ولايورثوا ، قلت : فرجل اسكن رجلا داره حياته ؟ قال يجوز ذلك ، قلت : فرجل أسكن رجلاً داره ولم يوقت ؟ قال : جائز ويخرجه اذا شاء » .

الخامس ـ مارواه المشايخ الثلاثة في الصحيح أو الحسن عن الحسين بن نعيم (٣) « عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال : سألته عن رجل جعل داره سكنى لرجل « ابان » حياته أوجعلها له ولعقبه من بعده قال : هي له ولعقبه من بعده كما شرط ، قلت : فان احتاج الى بيعها يبيعها قال : نعم ، قلت : فينقض بيعه الدار السكنى ؟ قال : لا ينقض البيع السكنى ، كذلك سمعت أبي عليه السلام يقول : قال أبو جعفر عليه السلام لاينقض البيع الاجارة ولا السكنى ، ولكن يبيعه على أن الذي

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٤ ح ٢٤ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٠ ح ٥٨٩ ، الفقيه ج ٤ ص ١٨٦ ح ٦٥١ .
(٢) الكافي ج ٧ ص ٣٤ ح ٢٥ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٠ ح ٥٩٠ .
(٣) الكافي ج ٧ ص ٣٨ ح ٣٨ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤١ ح ٥٩٣ وفيه « أيام » الفقيه ج ٤ ص ١٨٥ ح ٦٤٩ .
وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٧ ح ٢ و ص ٣٢٦ ح ٢ و ص ٣٢٥ ح ٢ .

يشتريه لايملك ما اشترى حتى ينقضي السكنى على ما شرط والاجارة ، قلت : فان رد على المستأجر ماله وجميع مالزمه من النفقة والعمارة فيما استأجره ؟ قال: على طيبة النفس ويرضى المستأجر بذلك لا بأس ».

السادس ـ ماروه أيضا عن خالد بن نافع البجلي (١) عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : سألته عن رجل جعل لرجل سكنى دار له مدة حياته يعني صاحب الدار ، فلما مات صاحب الدار أراد ورثته أن يخرجوه ألهم ذلك ؟ قال : فقال : أرى أن تقوم الدار بقيمة عادلة وينظر الى ثلث الميت ، فان كان في ثلثه مايحيط بثمن الدار فليس للورثة أن يخرجوه ، وان كان الثلث لايحيط بثمن الدار فلهم أن يخرجوه قيل له : أرأيت ان مات الرجل الذي جعل له السكنى بعد موت صاحب الدار يكون السكنى لعقب الذي جعل له السكنى ؟ قال : لا ».

السابع ـ ما رواه في التهذيب في الصحيح عن محمد بن قيس (٢) « عن أبي جعفر عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قضى في العمرى انها جائزة لمن أعمرها ، فمن أعمر شيئا مادام حيا فانه لورثته اذا توفي ».

الثامن ـ مارواه في الكافي والتهذيب عن يعقوب بن شعيب في الصحيح (٣) « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الرجل يكون له الخادم تخدمه فيقول : هي لفلان تخدمه ماعاش ، فاذا مات فهي حرة فتأبق الأمة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ستة ثم يجدها ورثته ، ألهم ان يستخدموها قدر ما أبقت ؟ قال : اذا مات الرجل فقد عتقت ».

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٨ ح ٣٩ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٢ ح ٥٩٤ ، الفقيه ج ٤ ص ١٨٦ ح ٦٥٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٣١ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٤٣ ح ٥٩٥ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٣٤ ح ٢٣ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٣ ح ٥٩٦ . وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٢ ح ٢ و ص ٣٣٠ ح ٢ .

التاسع ـ مارواه الشيخ في التهذيب عن محمد بن مسلم (١) « قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل جعل لذات محرم جاريته حياتها قال : هي لها على النحو الذي قد قال » .

العاشر ـ مارواه في التهذيب والفقيه عن علي بن معبد (٢) « قال : كتب اليه محمدبن أحمدبن ابراهيم بن محمد سنة ثلاث وثلاثين ومائتين يسأله عن مات وخلف امرأة وبنين وبنات وخلف لهم غلاماً أوقفه عليهم عشرسنين ثم هوحر بعد العشرسنين فهل يجوز لهؤلاء الورثة بيع هذا الغلام وهم مضطرون اذا كان على ما وصفته لك جعلني الله فداك ؟ فكتب عليه السلام لايبيعوه الى ميقات شرطه الا ان يكونوا مضطرين الى ذلك فهو جايز لهم » .

الحادى عشر ـ مارواه المشايخ الثلاثة (قدس الله تعالى أرواحهم) في الصحيح في بعض أسانيدهم عن ابن أذينة (٣) « قال : كنت شاهد ابن أبي ليلى فقضى في رجل جعل لبعض قرابته غلة داره ولم يوقت وقتاً فمات الرجل فحضر ورثته ابن أبي ليلى وحضر قرابة الذي جعل له غلة الدار فقال ابن أبي ليلى : أرى أن أدعها على ما تركها صاحبها فقال له محمد بن مسلم الثقفي : أما ان علي بن أبيطالب عليه السلام قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت ، فقال : وما علمك ؟ فقال : سمعت أباجعفر محمد بن علي عليهما السلام يقول : قضى علي بن أبيطالب عليه السلام برد الحبيس وانفاذ المواريث ، فقال : ابن أبي ليلى هذا عندك في كتاب ؟ قال : نعم قال فأرسل اليه وأتني به ، فقال له محمد بن مسلم : على أن لا تنظر في الكتاب الا في ذلك الحديث قال : لك ذلك ، فأراه الحديث عن أبي جعفر عليه السلام في الكتاب فرد قضيته » .

---

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٤٣ ح ٥٩٧ .
(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٣٨ ح ٥٨١ ، الفقيه ج ٤ ص ١٨١ ح ٦٣٤ .
(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٤٠ ح ٥٩١ ، الكافي ج ٧ ص ٣٤ ح ٢٧ الفقيه ج ٤ ص ١٨١ ح ٦٣٥ .
وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٠ ح ١ و ص ٣٢٧ ح ٣ و ص ٣٢٨ ح ١

الثاني عشر ـ مارواه في الكافي والفقيه عن عبد الرحمن الجعفي (١) قال كنت اختلف الى ابن أبي ليلى في مواريث لنا ليقسمها وكان فيه حبيس فكان يدافعني فلما طال شكوته الى أبي عبدالله عليه السلام فقال : أوما علم أن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أمر برد الحبيس وانفاذ المواريث ، قال : فأتيته ففعل كما كان يفعل فقلت له : اني شكوتك الى جعفر بن محمد عليه السلام فقال لي : كيت وكيت قال : فحلّفني ابن أبي ليلى أنه قد قال ذلك ، فحلفت له فقضى لي بذلك » .

الثالث عشر ـ مارواه عبدالله بن جعفر الحميري في كتاب قرب الاسناد عن السندي بن محمد عن أبي البختري (٢) « عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أن السكنى بمنزلة العارية ، ان أحب صاحبها أن يأخذها أخذها ، وان أحب ان يدعها فعل أي ذلك شاء » .

هذا ما وقفت عليه من الأخبار المتعلّقة بهذا المقام إذا عرفت ذلك ، فالكلام هنا يقع في مواضع :

الاول : قد عرفت مما أشرنا إليه آنفا أن ظاهر الأصحاب أنه لابد في هذه المعاملة من عقد مشتمل على الايجاب والقبول كغيره من العقود ، قالوا : والعبارة عن العقد أن يقول : أسكنتك وأعمرتك وأرقبتك أو ماجرى مجرى ذلك هذه الدار وهذه الأرض أو هذا المسكن عمري أو عمرك ، أومدة معينة .

أقول المفهوم من ظاهر الأخبار المذكورة الاكتفاء بمجرد التراضي على ذلك ، والاتيان بمجرد مايفهم منه المقصود ، مثل قوله في الحديث الثامن «هي لفلان تخدمه ماعاش» ، وفي الحديث التاسع جعل لذات محرم جاريته فانه ليس هنا عقد زيادة على ذلك ، ونحوهما ظاهر الحديث الثالث والرابع والخامس ، فان

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٥ ح ٢٨ عن عبدالرحمن الخثعمي ، التهذيب ج ٩ ص ١٤١ ح ٥٩٢ ، الفقيه ج ٤ ص ١٨٢ ح ٦٣٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٩ ح ٢ .

(٢) الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٨ ح ٣ ، قرب الاسناد ص ٦٩ .

ظاهرها مجرد الاذن في السكنى وليس هنا عقد غير ذلك ، ولاقبول بالكلية بالمعنى الذي أرادوه غير مجرد الرضى بذلك ، وهذا هو المفهوم من الأخبار بالنسبة الى سائر العقود أيضاً كما تقدم التنبيه عليه في غير موضع .

وبالجملة فان دائرة الأمر في العقود أوسع مما ضيقوه وسهولة الأمر في ذلك أظهر مما شرطوه وان كان الوقوف على ما ذكروه هو الأولى .

الثاني : لاخلاف في أنه لايلزم شيء منها قبل القبض ، واختلفوا في أنه هل تلزم بالقبض المشهور ذلك ، وقيل : بالعدم ، لأصالة بقاء الملك لما لكه ، فهي كالعارية ، وحينئذ تلزم ان قرنت بالقربة ، والافلا ، لأنه في معنى الهبة المعوضة ، وهذان القولان الأخيران نقلهما الأصحاب في كتب الاستدلال بلفظ قيل : ولم يصرحوا بالقائل ، ولاريب في ضعفهما لدلالة الأخبار المذكورة على اللزوم بعد حصول القبض كالحديث الأول وقوله فيه «الناس عند شروطهم» إلى أن قال : «فهو لعقبه كما شرط حتى يفنوا ثم يرد الى صاحب الدار» فانه ظاهر ، بل صريح في وجوب الوفاء بما اشترط ، وأنه ليس لصاحب الدار التصرف الا بعد فنائهم ، الحديث الثاني والثالث ، وفيه تصريح بأنه ليس لصاحب الدار أن يخرجه ، ومعنى الجواز في هذه الأخبار الصحيحة يعني أنه يصح له التصرف والخبر المذكور صريح في اللزوم ، ومثل ذلك الحديث الخامس حكم فيه بأن البيع لاينقض السكنى بمعنى أنها لازمة لايوجب البيع نقضها ، ويؤكده جعلها في قرن الأجارة التي لااشكال في لزومها ، وبالجملة فان القولين المذكورين ضعيفان لايلتفت اليهما ، ومما ذكرنا يعلم أن القبض شرط في لزومها وبذلك صرح الأصحاب ايضاً .

الثالث : لو قال : لك سكنى هذه الدار مابقيت وحييت ، يعني الساكن فانه لااشكال ولاخلاف ظاهراً في أنه بعد موت الساكن ترجع الدار إلى من أسكنه أو إلى ورثته ان مات ، وعلى ذلك تدل جملة من الاخبار المتقدمة كالخبر

الأول والثاني ، فانهما ظاهــران في وجـوب العمل بالشرط ، وأنــه بعد انقضاء الشرط ان كان بالنسبة إلى الساكن أومع ورثته ترجع الدار إلى صاحبها الأول .

وقال المحقق في الشرايع : ولو قال لك سكنى هذه الدار مابقيت أوحييت جاز ، ويرجع الى المسكن بعد الساكن على الأشبه ، أما لو قال : فإذا مت رجعت إلى ، فانها ترجع قطعاً ، انتهى .

ونسبة القول المذكور إلى الأشبه مؤذن بالخلاف في ذلك ، والظاهــر أن منشأ ذلك ما ذكره الشيخ في المبسوط حيث نقل في أصل المسئلة قولــين بالصحة والبطلان ، ثــم نقل عن القائلــين بالصحة أنهم اختلفوا فذهب قوم منهم إلى أنها للمعمر مدة بقائه ، ولورثته من بعده ، وقال آخرون منهم : أنــه إذا مات رجعت إلى المعمر أو إلى ورثته ان كان مات ، قال : وهذا هو الصحيح على مذهبنا .

وأنت خبير بأن الظاهر أن الخلاف الاول والثاني إنما هو للعامـة لما علم من عادة الشيخ في الكتاب المذكور ويشير إلى ذلك قوله أخيراً وهذا هو الصحيح على مذهبنا ، فانه ينقل أقوال العامة ويختار منها مايوافق مذهبه ، وأخبارنا المتقدمة ظاهرة بل صريحة في بطلان هذه الأقوال المذكورة عدا ما ذكــرنا من الأنتقال إلى المالك بعد انقضاء مــدة الأسكان ان قرن بمدة ، أو مــوت الساكن ان قــرن بحياته ، ثم ان المفهوم من كلام الأصحاب وعليه تدل الأخبار المتقدمة أنــه متى قرن السكنى بعمر الساكن خاصة أومع عقبه فانه بعد موت الساكن أو الجميع يرجع ذلك المسكن إلى المالك ، ونقل عن الشيخ في المبسوط عدم الأنتقال لو شرط العقب بعــده .

قال في الدروس : ولو قال : هي لك عمرك ولعقبك لم يملكها المعمر ، بل تــرجع بعد موت العقب الى المالك ، وظاهر الشيخ عدم رجــوعها لخبر جابر عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) ، انتهى .

أقول والخبر المذكور هو مارواه جابر أن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم)

قال : أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانما هي للذي يعطاها ، لاترجع إلى الذي أعطاها ، فانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث » (١) وأنت خبير بأن هذا الخبر غير موجود في كتب اخبارنا ، والظاهر أنه عامي .

وكيف كان فالقول المذكور ضعيف مردود بالأخبار المتقدمة ، كالخبر الأول والثاني فانهما صريحان في الرجوع إلى صاحب الدار بعد فناء العقب ، وقوله انه ليس للعقب أن يبيعوا ولايورثوا أظهر في عدم الملك .

وبالجملة فان المفهوم من الأخبار المتقدمة تصريحاً في بعض وتلويحاً في آخر أنه لافرق في رجوع المعطي بأحد الوجوه المذكورة إلى المالك بين أن يعلق على عمر أحدهما أو على عقب المعمر بعده ، بأن يجعل المنفعة لهم بعده مدة عمرهم ، أو لبعض معين منهم ، أو جعله له مدة ، ثم لعقبه مدة معينة مخصوصة ، فيكون حينئذ مركباً من العمرى والرقبى ، ثم بعد انقضاء المدة المعينة يرجع إلى المالك ، وإلى جميع ذلك يشير قوله في الخبر الاول «الناس فيه عند شروطهم» ، والله العالم .

الرابع : لاخلاف بين الأصحاب في أنه لو قرن السكنى بعمر المالك ثم مات الساكن قبل المالك فانه ينتقل الحق إلى ورثته مدة حياة المالك ، كغيره من الحقوق والأملاك التي يرثها الوارث ، إنما الخلاف فيما لو قرنت بعمر المعمر وهو الساكن ثم مات المالك قبله ، فالمشهور أنه لايجوز لورثة المالك ازعاج المعمر واخراجه مادام حياً ، لأن الأصل في العقد اللزوم ، وهو قد استحق بالعقد المنفعة مدة حياته ، حيث أنها قرنت بعمره ، وقد دل الخبر الاول كما عرفت «الناس عند شروطهم» ومقتضى الشرط هنا ما ذكرناه .

ويدل عليه أيضاً قوله في الخبر الثاني ان كان جعل السكنى في حياته فهو كما شرط ، فان الضمير راجع إلى الساكن بقرينة قوله بعده «وان كان جعلها له

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥١٥ ح ٤ .

ولعقبه» وهو أعم من أن يموت المالك أو يبقى .

وذهب ابـن الجنيد إلى تفصيل في ذلـك ، فقال : إذا أراد ورثـة المالك اخراج الساكن بعد موت المالك نظر إلى قيمة الدار ، فان كانت تحيط بثلث الميت لم يكن لهم اخراجه ، وان كان ينقص عنها كان ذلك لهم .

ويدل على ما ذهب إليه الخبر السادس حيث فصل فيه كما ذكره ، قال الشيخ في كتابي الأخبار بعد ايراد الخبر المذكور ما تضمن هـذا الخبر من قوله «يعني صاحب الدار ، فانـه غلط من الراوي ووهم منه فـي التأويل ، لأن الأحكام التي ذكرها بعد ذلك إنما تصح إذا كان قـد جعل السكنى حياة من جعل له السكنى فحينئذ يقوم وينظر باعتبار الثلث وزيادته ونقصانه .

وأما إذا جعل السكنى حياة صاحب الدار فانه يبطل السكنى بموته ولم يحتج إلى تقويمه واعتبار الثلث وربما أوهم هذا الكلام منه موافقته لابـن الجنيد مما ذهب إليه ، الا أن الظاهر أنه إنما أراد به بيان بطلان هـذا التأويل ، بناء على ما اشتملت عليه الرواية من هذا الحكم ، وأنه لا يتمشى هذا الحكم المذكور فيهما الا على تقدير كون التعمير بمدة عمر الساكن ، لا صاحب الدار ، لأنه لا خلاف ولا اشكال في البطلان بموت صاحب الدار إذا قرنت بعمره ، وربما حمل صاحب الدار في الخبر على الساكن فانه صاحب في الجملة لملكه المنافع مدة حياته ـ وان بعـد ، الا أنه لا بأس به في مقام التأويل جمعاً بين الأدلة ، ثم ان الأصحاب قد ردوا هذه الرواية بضعف السند ، واضطراب المتن .

قال في الدروس : وقال ابن الجنيد (رحمـة الله عليه) : يعتبر خروجها مـن الثلث لرواية خالد بن نافع عن الصادق عليه السلام وفي متنها اضطراب ، وقال في المسالك: ان في سندها جهالا وضعفاء ، ومتنها خللا يمنع مـن الاستناد إليها ، فالمذهـب هو المشهور .

أقـول : ولعل الخلل المشار إليه منشاؤه أن التفصيل بالخروج مـن الثلث

وعدمه إنما هوفيما إذاكان ذلك في مرض الموت لافي حال الصحة ، والمفروض في الخبر لادلالة فيه ، ولا اشارة إلىأن ذلككان في المرض ، فيصير الخبر بذلك مضطرباً ومختلاً لخروجه عن مقتضى القواعد الشرعية ، والأصول المرعية .

ومن ذلك يظهرأن العمل علىالقول المشهور لتأييده بما قدمناه منالأخبار وموافقته القواعد المقررة ، وضعف هذا الخبرسنداً ومتناً كما عرفت ، والله العالم .

الخامس: الموجود في كلام الأصحاب وكذا في الأخبار في الاقتران بالعمر هوعمرالمالك ، أو عمرالساكن وحده أو مع عقبه ، وهل يتعدى الحكم إلىغيرهم ، فيقرن بعمر أجنبى اشكال ، قال في المسالك : يحتمل العدم ، وهوالذي أفتى به الشهيد في قواعده ، للأصل وعموم الأمربالوفاء بالعقود(١) ، و«أن المؤمنين عند شروطهم» (٢) ، وهذا من جملته ، ولصدق اسم العمرى في الجملة ، المدلول على مشروعيتها في بعضالأخبار من غيرتقييد بعمرأحدهما ، وهذا لابأس به ، ويحتمل عدم التعدي إلىغير مانص عليه ، لاشتمال هذا العقد علىجهالة من حيث عدم العلم بغاية وقت المنفعة المستحقة ، والأصل يقتضى المنع في غيرمحل الوفاق .

ويتفرع علىالأول حكم مالومات أحدهما فيحياة من علقت بعمره ، فانكان الميت المالك فالحكم كما لومات فيحياة المعمر ، وانكانالمعمر رجعت إلى المالك ولو مات من علّقت علىعمره عادت إلىالمالك أيضاً مطلقاً ، عملاً بالشرط ، انتهى .

أقول : الظاهرأن الأقرب هوالثاني ، لأن الحكم بانتقال الملك عن مالكه عيناً كان أو منفعة يتوقف علىناقل شرعي ، ولم يرد من الشارع مايدل علىهذه الصورة ، ليصح ترتب النقل عليها ، والاحتجاج بالأصل مدفوع بأن الأصل العدم حتى يقوم دليل علىجواز ذلك ، وعموم الأمر بالوفاء بالعقود متوقف علىمشروعية العقد وثبوته عن الشارع ، فالاستدلال به لايخرج عن المصادرة «والمؤمنون عند شروطهم» غاية ما يفيده الاباحة ، والكلام فيلزوم ذلك بحيث لايجوز له الرجوع

(١) سورة المائدة الاية ١ (٢) الوسائل ج١٥ ص٣٠ ح٤ ، التهذيب ج٧ ص٣٧١ ح٦٦ .

تلك المدة كما هو مقتضى هذه المعاملة .

نعم اذا وقع الشرط في عقد لازم لزم ما وقع فيه ، ويؤيد ذلك أيضاً أنه هو الأحوط في الدين ، والأخذ به واجب في موضع عدم النص عند المحدثين ، « حلال بيّن ، وحرام بيّن ، وشبهات بين ذلك فمن اجتنب الشبهات نجى من الهلكات » والله العالم .

السادس : الظاهر أنه لاخلاف في أنه لو أطلق السكنى ولم يعين مدة أو عين مدة غير مضبوطة فله السكنى مدة تكون جائزة ، لا لازمة بمعنى أنه له اخراجه متى شاء ، ويدل على ذلك الخبر الثالث والرابع ، وعلى ذلك يحمل الخبر الثالث عشر والا فانه على اطلاقه مخالف للأخبار وفتوى الأصحاب ، مضافاً الى ضعف الرواية ، فلابد من حمله على ما ذكرناه ، والا فطرحه من البين ، وهذه الصورة مستثناة من صورة هذه المعاملة ، حيث ان الحكم فيها اللزوم كما عرفت نصاً وفتوى ، إلا في هذه الصورة .

بقي الكلام هنا في موضعين : أحدهما ـ في أنه قد صرح في التذكرة بأنه مع الاطلاق يلزم الاسكان في مسمى العقد ولو يوماً ، والضابط ما يسمى اسكانا وبعده للمالك الرجوع متى شاء ، وتبعه المحقق الشيخ علي (رحمة الله عليه) واحتج بالرواية الرابعة ولعل ذلك بالنظر الى قوله « وله أن يخرجه بعد قوله أسكن رجلاً داراً » فان الاخراج ظاهر في كونه قد سكن ، وأن الاخراج بعد السكون فيها ، قيل : ويمكن الاحتجاج له بما يدل على لزوم غيره من العقود ، كعموم « أوفوا بالعقود » (١) فلابد من الحكم هنا بلزومه وقتاً ما ، عملا بالدليل ، ثم يرجع الى الجواز .

أقول : أنت خبير بأن قضية الجواز التخيير بين الوفاء بالعقد وعدمه ، لأنه لامعنى لكونه جائزا غير لازم ، الا أنه ان شاء اسكن وان شاء لم يسكن ، ومتى

(١) سورة المائدة ـ الاية ١ .

اسكن فان شاءاخرج وان شاء لم يخرج ، وأما الرواية فان ما اشتملت عليه أحد الفردين المذكورين ولايلزم من ذكره الاختصاص به ، وأما الآية فهي مخصوصة بالعقود اللازمة ، ولزوم الوفاء آناًما ، وان جاز الرجوع بعد ذلك كما ذكروه خلاف ظاهر الآية ، اذ ظاهرها وجوب الوفاء ما لم يعرض للعقد ما يوجب فسخه أو بطلانه ، وكان مبنى ما ذهبوا اليه على أنه لابد من الاسكان في الجملة ، ليصدق السكنى وتندرج هذه الصورة تحت هذه القاعدة ، وفيه أنها قد خرجت بعدم لزوم الاسكان فيها ، فهي ليست من أفرادها وانما هذا حكم سأل عنه السائل في تلك الأخبار ، فأجابوا عليهم السلام عنه بأنه باذنه في ذلك لابأس بالجلوس ولكنه لايلزم كما في غيره من صور هذهالقاعدة ، وبالجملة فاني لا أعرف لما ذكروه هنا وجهاً وجيهاً يعتمد عليه .

وثانيهما أنه لايخفى أن مورد الخبرين المتقدمينالسكنى خاصة لو أطلقها ، وأمّا العمرى والرقبى فلم يتعرضوا في الأخبار لحكمها لو أطلقنا أيضا ، وقطع في الدروس ببطلان العمرى مع الاطلاق ، ولم يتعرض للرقبى ، وفي التحرير قطع بأنه مع اطلاق العمرى والرقبىيصح ، ويكون للمالك اخراجه متىشاء كالسكنى .

قال فيالمسالك بعدنقلذلك: وهوفي الرقبىحسن ، وفتوى الدروس فيالعمرى أحسن ، وهو مؤذن باختيار الصحة في الرقبى خاصة ، مثل السكنى والبطلان في العمرى ، وظاهر كلامه قبيل هذا الكلام هو التوقف في العمرى ، والحكم بالصحة فيالرقبى ، حيث قال : ويمكن القول بفساد العمرى مع الاطلاق لاقتضائها الاقتران بعمر ، امّا لأحدهما كما هو المشهور ، أو مطلقاً كما قررناه ، فاذا لم يعيّنه بطلت للجهالة ، كمالو عين مدة غير مضبوطة ، حيث يعتبر تعيّنها ، والصحة اقامة لها مقام السكنى ، لاشتراكهما في كثير من المعاني والأحكام ، ومناسبتهما على الوجه الذي قررناه سابقا ، فيكون كاستعمال لفظ السلم في مطلق البيع وكذا القول في الرقبى ، وأولى بالصحة هنا لأناطلاقها باعتبار رقبةالملك أو ارتقاب المدة

التي يرتضيها المالك ممكن هنا بطريق الحقيقة ، فاستعمالها في السكنى يكون كاستعمال أحد المترادفين مكان الآخر ، وان اختلفا من جهة أخرى ، وهذا قوي ، انتهى .

أقول : لايخفى انه وان تكرر في كلام الأصحاب ذكر الرقبى في أفراد هذه المعاملة ، وتكلفوا الوجه في التسمية بذلك ، كما تقدمت الأشارة اليه ، الا أنه لاوجود لذلك في أخبار المسئلة المتقدمة وليس غيرها في الباب ، وحينئذ فيسقط الكلام فيها بالكلّية في هذا الموضع وغيره وانما الموجود فيها السكنى والعمرى والحبس خاصة .

وقد أشرنا فيما تقدم في غير موضع أن الأصحاب في جملة أكثر التفريعات والأحكام الخارجة عن موارد الأخبار انما جروا فيها على كلام العامة ، ولايبعد ان هذا من ذاك .

وأمّا العمرى فالظاهر أنها مثل السكنى في هذا الحكم فانه لافرق بين الأمرين الا بالتعبير بلفظ الأسكان في الأول ، والعمرى في الثاني ، والا فالمرجع الى أمر واحد ، فاذا قال أسكنتك فهي سكنى ، واذا قال : أعمرتك فهي عمرى كما تقدمت الاشارة اليه في صدر المبحث ، والأخبار دلت على أنه مع اقتران الأول من هذين اللفظين بالمدة المعينة ، فانه يلزم الوفاء تلك المدة ، ولايجوز الرجوع ومع اقتران الثاني بعمر الساكن أو المالك كذلك ، والاطلاق الذى أوجب الجواز ــ دون اللزوم في الأول ــ انما هو من حيث عدم ذكر المدة المشترطة ، والاطلاق في الثاني يرجع الى ذلك ، فانه من حيث عدم ذكر عمر أحد من المالك أو الساكن أو غيرهما على القول به ، فالقول بالصحة في الأول ، والبطلان في الثاني ، لااعرف له وجهاً وجيهاً .

قوله في المسالك ــ في بيان احتمال الفساد : « انه اذا لم يعين عمر أحدهما أو مطلقا بطلت للجهالة » فيه ان ذلك وارد أيضاً في السكنى اذا أطلقها ولم يقيد بمدة ، مع أنه حكم بالصحة هو وغيره ، وان كان للمالك الرجوع ، فان كانت الجهالة

من هذه الجهة موجبة للبطلان ففي الموضعين ، وإلا فلا فيهما ، اللهم إلا أن يكون مبني كلامه على الفرق بين ما اذا لم يعين للسكنى مدة بالكلية ، فانه يصح ، وبين ما اذا عين مدة غير مضبوطة كقدوم الحاج ، وادراك الغلة ، فانه يبطل ، والعمرى انما هي من قبيل الثاني ، لأنه ذكر العمر ولم يعينه بعمر أحد ، فهو كما لو ذكر المدة ولم يشخصها بمدة معينة ، ويشير اليه قوله كما لو عين مدة غير مضبوطة إلا أن فيه أن الظاهر من قوله عليه‌السلام في الخبرين المشار اليهما ولم يوقت ما هو أعم من الأمرين المذكورين لأن المراد لم يوقت لذلك وقتاً معيناً وهو أعم من أن لا يوقت بالكلية ، أو وقت ولكنه غير معين ، والمراد بالسكنى المطلقة التي تكون صحيحة غير لازمة هو هذا المعنى ، فان الوقت الغير المعين يرجع الى عدم التوقيت بالكلية ، اذ لا ثمرة ترتب عليه ، والله العالم .

السابع : المشهور بين الأصحاب أنه لا تبطل السكنى والعمرى والرقبى بالبيع ، وعليه يدل الخبر الخامس ، الا أن مورده السكنى والعمرى ، وقد عرفت أن الرقبى لا وجود لها في الأخبار ، ونقل في الدروس قولا ببطلان البيع ، واضطرب كلام العلامة هنا ، ففي الارشاد قطع بجواز البيع ، وفي التحرير استقرب عدمه ، لجهالة وقت انتفاع المشترى ، وفي القواعد والمختلف استشكل الحكم ، وفي التذكرة أفتى بالجواز للرواية ، ثم استشكل بعد ذلك .

قال في المسالك : ومنشأ المنع أو الأشكال أن الغرض المقصود من البيع هو المنفعة ، ولهذا لا يجوز بيع ما لا منفعة فيه ، وزمان استحقاق المنفعة في العمرى مجهول .

أقول : لا يخفى ما في هذا التعليل العليل من الوهن والقصور ، فان ما ذكره لو تم لاقتضى عدم جواز بيع ما آجره المالك لأن منفعته ملك للمستأجر ضمن مدة الأجارة ، والبيع انما وقع على مال مسلوب المنفعة تلك المدة ، مع أن النصوص المتقدمة في كتاب الأجارة دالة على جواز البيع ، وعدم ابطال الاجارة

والكلام في الموضعين واحد، كما صرحت به الرواية المذكورة هنا، وقوله فيها « لا ينقض البيع الاجارة والسكنى » وقياسه ذلك على بيع مالامنفعة فيه قياس مع الفارق، فان البيع فيما نحن فيه وكذا في الأجارة غير خال من المنفعة في الجملة وانما تخلف بعض منها، والجهالة المدعاة في العمرى مع تسليم الإبطال بها مستثناة بالنص.

وبالجملة فان النص المذكور صحيح صريح فيما قلنا، ورده بهذه التعليلات العليلة اجتهاد في مقابلة النصوص.

بقي الكلام هنا في مواضع: الأول ـ قال في الدروس: لو باع المالك العين كان فسخاً للسكنى، لا الرقبى والعمرى، ويتخير المشتري في فسخ البيع واجارته مع جهله، وقيل: يبطل بيع المعلّقة بالعمر للجهالة، والاول مروي عن الحسين بن نعيم عن الكاظم عليه السلام، انتهى.

أقول: المفهوم من كلام غيره من الأصحاب انه لافرق في الصحة بين السكنى وأخويها المذكورين في صورة البيع، فحكمه هنا بانفساخ السكنى بالبيع وتخصيص الصحة بأخويها غريب لاأعرف له موافقاً فيه، نعم لو كانت السكنى جائزة وهي السكنى المطلقة فانهم ذكروا أنها تبطل، لأن من شأن العقد الجائز إذا طرأ عليه عقد لازم ينافيه فانه يبطله، والرواية التي هي مستند هذا الحكم ليست مخصوصة بالعمرى، كما يشعر به ظاهر كلامه، لأنه وان كان صدر الرواية قد تضمن السؤال عن رجل أسكن رجلاً داره مدة حياته، وهذه الصورة عندهم كما قدمنا ذكره صدر البحث مما يطلق عليها السكنى والعمرى، الا أن الخبر المنقول في آخر الرواية عن أبي جعفر عليه السلام وكذلك ماقبله، إنما صرح فيه بالسكنى، وانها مع الاجاره لاتنقض بالبيع.

وبالجملة فالخبر صريح في السكنى والعمرى معاً، لاأنه مختص بالعمرى، كما هو ظاهر كلامه، ومثله الشهيد الثاني في المسالك أيضاً، وكأنهم بنوا على

ماتضمنه صدر الخبر وغفلوا عما تكرر فيه بعد ذلك من ذكر السكنى ، سيما الرواية عن أبي جعفر عليه السلام .

الثاني ـ حيث قد عرفت أنه يجوز البيع في هذه الصورة ، فان كان المبيع مسلوب المنفعة ، فان كان المشتري عالماً فلاخيار له ، لأنه قدم على شراء عين مسلوبة المنفعة ، فيجب عليه أن يصبر حتى ينقضي المدة أو العمر المقرون بها فتنتقل المنفعة بعد ذلك ، وله في تلك المدة وبقاء العمر الانتفاع بالمبيع ، بالبيع والهبة والعتق ، وغير ذلك مما لايتعلّق بتلك المنفعة المستحقة ، وان كان جاهلاً تخير بين الصبر مجاناً إلى انقضاء المدة أو العمر ، وبين الفسخ ، لحصول العيب بفوات المنفعة .

الثالث ـ لو كان المشترى هو المعمر في صورة العمرى أو الساكن في صورة السكنى ، فانك قد عرفت أن المنفعة قد انتقلت إليه في تلك المدة وزمان العمر ، وبعد الاشتراء قد انتقلت له العين أيضاً ، فصارت العين ومنافعها له ، فيجوز له أن يبيعها مع منافعها ، لأن الجميع ملك له ، وأما قبل الاشتراء فانه لايجوز له بيع المنفعة التي انتقلت إليه ، لأن البيع لايقع على المنافع ، وإنما مورده الأعيان كما تقدم في كتاب البيع (١) .

نعم الأقرب أنه يجوز له الصلح عليها ؛ وعلى هذا لو اشترى العين غيره جاز له أن يصالح المشتري على مايستحقه من المنفعة بمال معلوم ، فيصير المشتري مالكاً للعين والمنفعة ، كما لو كان المشتري هو المعمر أو الساكن ، والله العالم .

الثامن : المشهور بين الأصحاب أنه إذا أطلق السكنى بمعنى أنه لم يعين الساكن ، بل قال : أسكنتك هذا الدار مدة كذا ، أو عمرك أو نحو ذلك ، فانه يسكن فيها بنفسه وأهله وأولاده ، ولايجوز له اسكان غيرهم الا باذن جديد زائد على مجرد هذا العقد .

(١) ج ١٨ ص ٤٢٩ .

قال الشيخ في النهاية إذا أسكن انسان غيره لم يجز للساكن ان يسكن معه غيره إلا ولده وأهله ، ولايجوزله سواهم ، ولايجوز للساكن أيضاً أن يؤاجره ولا أن ينتقل عنه فيسكن غيره إلا باذن صاحب المسكن ، وعلى هذه المقالة جرى من تأخر عنه إلا ابن ادريس ، فانه قال في السرائر بعد نقل كلام الشيخ المذكور : والذي يقتضيه أصول المذهب أن له جميع ذلك ، اخلافه واجارته وانتقاله عنه واسكان غيره معه سوى ولده وامرأته سواء أذن له في ذلك أم لم يأذن ، إذا كان أول ما أسكنه قد أطلق السكنى لأن منفعة هذه الدار استحقها ، وصارت مالاً من أمواله ، وحقاً من حقوقه ، فله استيفائها كيف شاء بنفسه وبغيره ، وما أورده شيخنا أبو جعفر (رحمة الله عليه) في نهايته فلاشك أنه خبر واحد قليلاً ما يورده أصحابنا في كتبهم ، فشيخنا المفيد (رحمةالله عليه) لم يورده في مقنعته ، ولا السيد المرتضى (رضي الله عنه) ولا المحصلون من أصحابنا ، انتهى .

احتج الأصحاب على ما ذكروه بأن الأصل عصمة مال الغير ، وحفظه عن تسلّط غير المالك ، خرج عنه المسكن بالاذن وأهله وأولاده قضية للعرف ، فصار كالمأذون فيه مطلقاً ، بقي الباقي على أصل المنع ، وأجابوا عما ذكره بالمنع عن الاستحقاق المطلق ، بل إنما يستحق على ما جعل له ، وهو السكنى فلايتناول الاجارة وغيرها ، لعدم الاذن فيه مطلقاً ، وعرفاً .

وتنظر فيه في المسالك ، ولم يذكر وجه النظر ، ثم قال : وكيف كان فالعمل على القول المشهور ، وان كان كلام ابن ادريس لايخلو من قوة .

أقول : لايخفى أنه ليس في شيء من أخبار المسئلة مايدل على هذا الحكم المذكور بوجه ، فقول ابن ادريس أن ما أورده الشيخ في النهاية خبر واحد ، إنما هو من قبيل ما قدمنا ذكره في غير موضع من أنه لما كان أكثر ما يذكره الشيخ في هذا الكتاب قد جرى فيه على ما أورد في الأخبار ، ظن ابن ادريس أن جميع ما في الكتاب من فتاوى الشيخ من ذلك القبيل ، والا فهذه أخبار المسئلة

كملاً كما قدمناه ، وهي كما ترى خالية من التعرض لذلك ، ولهذا ان الأصحاب إنما استندوا في ادخال من ذكروه إلى العرف ، حيث ان ظاهر اللفظ إنما يدل على اسكان ذلك الرجل وحده ، ولكن حيث دل العرف على دخول من ذكروه حكموا بوجوب دخولهم ، ولهذا أيضاً ان العلامة في التذكرة ألحق من جرت العادة أيضاً باسكانه ، مثل عبده وجاريته ومرضعة ولده ، لدلالة العرف على ذلك وكذا الدابة والضيف إذا كان في الدار موضع يصلح لها ، وكذا احراز الغلّة فيها ونحو ذلك مما جرت العادة به ، ولابأس به .

وما ذكره شيخنا المتقدم ذكره من النظر في جواب الأصحاب عن حجة ابن ادريس لاأعرف له وجهاً ، فان غاية مايدل عليه لفظ السكنى هو السكون في تلك الدار لامطلق الانتفاع ، كما يدعيه ابن ادريس، ومطلق الانتفاع إنما يترتب على الاجارة لاعلى السكنى الصريح في خصوص هذه المنفعة ، ان اراد جميع منافعها فمنعه ظاهر، وان أراد هذه المنفعة الخاصة فهو مسلم ، ولكن بالنسبة إليه خاصة ، لأن قوله أسكنتك في معنى أذنت لك في السكون ، والاذن إنما حصل له خاصة ، ولكن لما كان مقتضى العرف والعادة هو تبعية من جرت العادة بملازمته له كالزوجة والأولاد ونحوهم ادخلناهم في الاذن من هذه الجهة ، واما غيرهم فلا يدل العرف عليه ، ولايدخل تحت مفهوم اللفظ كما عرفت ، فكيف يتم ماذكره ابن ادريس والحال كذلك .

وبالجملة فأصالة العدم حتى يقوم الدليل على خلافه أقوى مستمسك ، فالأظهر هو القول المشهور .

التاسع : قال الشيخ في النهاية : إذا جعل الانسان خدمة عبده او امته لغيره مدة من الزمان ثم هو حر بعد ذلك ، كان له ذلك أيضاً جائزاً ، وكان على المملوك الخدمة في تلك المدة ، فإذا مضت المدة صار حراً ، فان أبق العبد هذه المدة ثم ظفر به من جعل له خدمته لم يكن له بعد انقضاء تلك المدة سبيل .

أقول : وماذكره الشيخ هومدلول الخبرالثامن ، وقال ابن ادريس بعد نقل كلام الشيخ : أورد شيخنا هـذه الرواية وهي مـن أضعف أخبار الآحـاد ، لأنها مخالفة لاصول المذهب ، لان التدبيرعند أصحابنا بأجمعهم لايكون الا بعد مـوت المولى الذي هوالمعتق المباشر للعتق .

أقول : وقد غفل ابن ادريس هنا عن شيء آخر ، وهوأن الاباق عندالأصحاب وعليه دلت الأخبار مبطل للتدبير ، والرواية المشار إليها قـد اشملت على الاباق بعد التدبير ، حيثما ذكره الشيخ هنا في عبارته ، والتحقيق في المقام أن يقال لاريب أن ما ذكره ابن ادريس هوالمتفق عليه بين الأصحاب ، من أن التدبـير إنما يعلق بموت المولى ، ولكن الشيخ وجماعـة من اتباعه وجملة مـن المتأخرين كالمحقـق والعلامة وغيرهما صرحوا بالتدبير في هذه الصورة أيضاً ، استناداً إلى الخبرالمشار إليه ، وهوصحيح صريح في ذلك ، ولامانع من العمل به ، وان رده ابن ادريس بأنه من أخبار الآحاد بناءً على قاعدته الخارجة عن جادة السداد .

وأما ماذكرناه نصرة لابن ادريس من أن الاباق مبطل للتدبير فقد أجاب عنه الشيخ بأن هذا الحكم مخصوص بالتدبير معلق على موت المولى، كما هومورد تلك الأخبار ، لامطلـق وهـو جيد ، وألحق العلامـة أيضاً التدبـير بموت زوج المملوكـة .

ويدل عليه مارواه الشيخ في الموثق عن محمد بن حكيم (١) «قال : سألت أباالحسن عليه‌السلام عن رجل زوج أمته من رجل حـر ثم قال لها : إذا مات زوجك فأنت حرة ، فمات الزوج قال: فقال إذا مات الزوج فهي حرة ، تعتد منه عدة الحرة المتوفي عنها زوجها ، ولا ميراث لها منه ، لأنها صارت حرة بعد موت الزوج » .

وشيخنا الشهيد الثاني في المسالك رد هذا القول ، وضعفه بعدم وجود الدليل وهوغفلة عن الاطلاع على الخبرالمذكور ، وسيأتي ان شاء الله تعالى مزيد تحقيق

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٤ ح ٣٨ ، الوسائل ج ١٦ ص ٩٧ ح ٢ .

للمقام في كتاب التدبير ، وفي هذا الخبر تأييد وتأكيد لسابقه في عدم اشتراط التدبير بموت المولى خاصة ، وربما قيل : بجواز التدبير بموت كل من علّق عليه ، ولا أعرف له دليلاً ، فالواجب الوقوف على موارد النصوص .

بقي الكلام في أن مخرج ذلك من الأصل أو الثلث ، والظاهر أن الحكم في ذلك ما صرح بـه في المختلف ، قال : وهل ينعتق العبد من الاصل أو من الثلث ؟ الاقوى أنـه ينعتق من الاصل ، ان كان المالك حياً حال وفاة مـن علقت الخدمة بموتـه . ومن الثلث ان كان قدمات قبله ، وقد نبهنا على ذلك في كتاب القواعـد ، انتهى ووجهه ظاهر .

العاشر : المعروف من كلام الاصحاب من غير خلاف يعرف أنه إذا حبس فرسه أو بغيره في سبيل الله أو غلامه في خدمة المسجد أو بيت الله الحرام أو بيت العبادة ، لزم ذلك ولم يجز تغييره مادامت العين موجودة ، وفي التذكرة أنه يعتبر فيه القبض ، وفي التحرير صرح بأنـه يعتبر فيه القربة ، وظاهر من حكم بلزومه وعدم جـواز تغييره مادامت العـين موجودة ، هـو عدم الخروج عن ملك المالك ، وفـي الدروس صـرح بخروجه عن ملكه بالعقد ، بخلاف الحبس على الانسان ، كما سيأتي .

وصرح بعضهم بأنه يصح الحبس على جميع القرب ، وأما إذا حبس على آدمي فان أطلق ولم يعين مدة بطل بموت الحابس ، وعاد إلى ورثته ، والاصحاب حملوا ماتقدم من قضاء أمير المؤمنين عليه السلام برد الحبيس وانفاذ المواريث على هـذا الفرد ، وهو صريح الخبر الحادى عشر ، وعليه يحمل اطلاق الخبر الثاني عشر ، وان عـين مدة لزم في تلك المدة ، وبعد انقضائها يرجع إلى الحابس أو ورثته ، وعلى هذا فلا دليل لهم على الحبس المقيد بمدة ، ولا على الحبس في سبيل الله الا ظاهر الاتفاق على ذلك ، والا فانه لاتعرض له في شيء من الأخبار المتقدمة ، وليس في الباب غيرها .

ثم انـه مع الاطلاق هل يصح له الرجوع فيه ، أكثر العبارات خال مـن

التعرض لذلك، و في القواعد صرح بأن له الرجوع متى شاء، واستحسنه في المسالك، وهو غير بعيد لو حبس عليه مدة عمر أحدهما، فانه مثل الحبس مدة في الرجوع إلى الحابس أو ورثته بعد انقضاء المدة والعمر، وبه جزم في التحرير، والنصوص خالية عنه، الا أنه الأوفق بالقواعد الشرعية.

قال في المسالك: واتفق الجميع على التعبير بالفرس والمملوكة في الوجوه المذكورة، وزاد في الدروس البعير في سبيل الله، فكان عليهم أن يذكروا حكم باقي ما يصح وقفه واعماره، والظاهر أن حكم الحبس كذلك مورده مورد الوقف، فيصح، وحبس كل عين ينتفع بها مع بقاء عينها بالشرائط السابقة على الانسان مطلقاً، وعلى القرب حيث يمكن الانتفاع فيها كمطلق الدابة، لنقل الماء إلى المسجد والسقاية، ومعونة الحاج والزائرين وطلاب العلم والمتعبدين، والكتب على المتفقهين، والبيت على المساكين وغير ذلك، فالاقتصار على ما ذكروه ليس بجيد، وعموم الأدلة متناول للجميع، وخصوصها خال من جميع ما ذكروه، انتهى.

المقصد الرابع في الهبة:

والكلام في هذا المقصد يقع في مقامين: **الاول**: في معنى الهبة وعقدها، والأخبار الواردة فيها وما نصته تلك الأخبار من الأحكام فنقول: ان الهبة يعبر عنها بالنحلة والعطية، قيل: والعطية تطلق على مطلق الاعطاء المتبرع به، فيشمل الوقف والصدقة والهبة والهدية والسكنى، ومن ثم أطلق بعض الفقهاء عليها اسم العطايا، وعنونها بكتاب، فيكون أعم من الهبة والنحلة في معناها، والهبة أعم من الصدقة ـ لاشتراط الصدقة بالقربة، كما تقدم ذكره ـ ومن الهديه لاشتراط الهدية بالنقل إلى المهدي إليه من المهدي اعظاماً وتوقيراً له، ولهذا أنه لا يطلق لفظ الهدية على العقارات، فيقال: اهدى له داراً، ولا أرضاً ويقال: وهب له ذلك.

ومما يتفرع على ذلك أنه لو نذر الهبة برأى بالصدقة والهدية، ولو نذر باحدى

الآخرين لم يبر أ بمطلق الهبة ، ولو حلف ان لا يهب ، فتصدق أو أهدى حنث دون العكس ونقل عن الشيخ في المبسوط أن الهبة والهدية والصدقة بمعنى واحد ، والظاهر بعده .

وظاهر المشهور أنـه يشترط في الهبة بالمعنى الأعـم بعد أهلية التصرف من جانب الواهب مايشترط في سائـر العقود من الايجاب والقبول ، ونحو ذلك مما تقدم ذكـره مراراً إلا اعتبار كونـه بلفظ الماضي قولاً واحداً ، فلابـد عندهم في الهدية التي هي أحد أفراد الهبة كما عرفت من جميع ذلك .

قال الشيخ في المبسوط : ومن أراد الهدية ولزومها وانتقال الملك منه إلى المهدى إليه الغائب فيوكل رسوله في عقد الهبة ، فإذا مضى وأوجب له وقبل الهدية المهدى إليه وأقبضه اياها لزم العقد ، وملك المهدي إليه الهديـة ، ونحوه قال في الدروس ، وجعل عدم اشتراطها بالايجاب والقبول احتمالاً ، واختلف كلام العلامة في ذلك ، ففي القواعد قطع بأن الهدية كالهبة فـي اشتراطها بالايجاب والقبول ، وفي التحرير نقل قريباً من كلام الشيخ ، ثم قال : فلو قيل : بعدم اشتراط القبول كان وجهاً قضاء للعادة بقبـول الهدايا من غـير نطق ، ويلوح من آخر كلامه فـي التذكرة الفتوى بذلك .

قال في التذكـرة ـ ونعم ما قال ، وان أسنده الى العامة ، فانه الحق الـذي لا يعتريه اشكال ـ انه لاحاجة في الهبة إلى الايجاب والقبول اللفظيين ، بل البعث من جهـة المهدي كالايجاب ، والقبض من جهة المهدى إليه كالقبول ، لأن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله (صلّى الله عليه وآلـه وسلم) من قيصر وكسرى وسايـر الملوك فيقبلها ولا لفظ هناك ، واستمر الحال من عهده (صلى الله عليه وآله وسلم) إلى هذا الوقت في سائر الاصقاع ، ولهذا كانوا يبعثون على يد الصبيان الذين لا يعتد بعبارتهم قال (رحمه الله) : ومنهم من اعتبرهما كما في الهبة ، واعتذر واعما تقدم بأن ذلك كان اباحـة لاتمليكاً ، وأجيب بأنـه لو كان كذلك ماتصرفوا فيه تصرف الملاك ، ومعلـوم أن النبي (صلى الله عليه وآلـه وسلم) كان يتصرف فيه ويملكه

غيره ، ويمكن الاكتفاء في هدايا الأطعمة بالارسال والأخذ جرياً على العادة بين الناس ، والتحقيق مساواة غير الأطعمة لها ، فان الهدية قد تكون غير طعام فانه قد اشتهر هدايا الثياب والدواب من الملوك إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فان مارية القبطية أم ولده كانت من الهدايا ، انتهى ، ومرجع هذا التحقيق إلى ماقدمنا نقله وهو جيد ، واستحسنه في المسالك .

أقول : ومثل مارية القبطية التي أهديت إليه (صلى الله عليه وآله وسلم) الجارية التى أهداها المختار إلى زين العابدين عليه السلام فأولدها زيداً ، ومعها مبلغ من الدنانير فقبله عليه السلام والحديث في حكاية اهدائها موجود ليس فيه شيء من هذه الأمور التي اعتبروها ، والشروط التي اشترطوها ، ومن تتبع الأخبار والسير علم صحة هذا الكلام ، وأن خلافه نفخ في غير ضرام .

على أنك قد عرفت ما في اشتراط الايجاب والقبول في سائر العقود هذا .

والمشهور في كلامهم أن الاهداء إنما يفيد مجرد الاباحة دون الملك ، وللدافع الرجوع مادامت العين موجودة ، وظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك الميل إلى حصول الملك بذلك ، وان جاز الرجوع ، قال : ـ بعد ان استحسن كلام التذكرة كما ذكرناه ـ مالفظه : ومع ذلك يمكن ان يجعل ذلك كالمعاطاة تفيد الملك المتزلزل ، ويبيح التصرف والوطيء ، ولكن يجوز الوجوع فيها قبله عملاً بالقواعد المختلفة ، وهي اصالة عدم اللزوم مع عدم تحقق عقد يجب الوفاء بـه ، وثبوت جواز التصرف فيها بل وقوعه ، ووقوع ما ينافي الاباحة ، وهو الوطيء واعطاء الغير فقد وقع ذلك للنبي (صلى الله عليه وآله وسلم) في مارية أم ولده ، وقد كان يهدى إليه الشيء فيهديه لزوجاته وغيرهن ، وأهدى إليه حلّة فاهداها لعلي عليه السلام من غير أن ينقل عنه قبول لفظي ولا من الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) ايجاب كذلك مقارن له ، وهذا كلّه يدل على استفادة الملك في الجملة ، لا الاباحة ، ولاينافي جواز رجوع المهدي في العين مادامت باقية ، انتهى .

أقول ـ وبالله التوفيق ، لنيل كل مأمول ـ : لاريب أن ظواهر الأخبار الواردة في هذا المقام إنما هو الملك الحقيقى لما ذكره من التصرف بجميع وجوه التصرفات من وطيء وبيع وتصدق وهبة ونحوها ، ولاشك أن التصرف كيف شاء المتصرف من أقوى امارات الملك ، ودعوى أصالة عدم اللزوم في التحقيق لايخرج عن القول بالاباحة ، بل يرجع إليه ، لأنه متى لم يكن الاهداء لازماً يوجب الملك كسائر المتملكات ، بل يجوز الرجوع فيه فهذا هو عين مامنعه من الاباحة ونفاه في المقام ، وان حصل الفرق بنوع من الاعتبار القشرى الذي لايصلح لترتب حكم شرعي ، وما المانع من كون الاهداء من الأسباب الناقلة للملك إذا اقتضته الأخبار كما عرفت ، ولابد لنفيه من دليل .

وأما عدم تحقق عقد يجب الوفاء به ، ففيه ما عرفت في غير موضع مما تقدم من أن هذه العقود التي اشترطوها واشترطوا فيها ما اشترطوه مما لم يقم عليه دليل ، بل الدليل على خلافه واضح السبيل ، فان المفهوم من الأخبار أن المدار على التراضي من الطرفين ، وأنه العمدة في البين ، وقد عرفت أن بيع المعاطاة أيضاً لايشترط فيه أزيد من رضا الطرفين بما يتفقان عليه ، فجعله من باب المعاطاة كما احتمله ـ يقتضي بناءً على ماحققنا في بيع المعاطاة ، من أنه شرعي لازم ـ أنه هنا كذلك ، ودعوى أن مفاده الملك المتزلزل ممنوعة ، حتى أن بعد المحدثين جوز في المعاطاة أن يزن لنفسه ، ويضع الثمن في الدكان إذا كان ذلك معلوماً بأن قيمة ذلك الجنس كذلك ، من غير لفظ ولا كلام بين المتبايعين ، وما نحن فيه لايقصر عن ذلك ، فانه متى أرسل المهدي الهدية بقصده واختياره ، وقبضها المهدى إليه فأي مانع من لزوم ذلك ، كما لزم بيع المعاطاة على الوجه المذكور .

وكيف كان فكلامه جيد بناء على أصولهم وقواعدهم في العقود ، وأما على ما هو المفهوم من الأخبار كما تقدم في غير مقام فان ما ذكرنا أجود .

وبالجملة فان من الظاهر البيّن الظهور أن النبى (صلى الله عليه وآله وسلّم)

والأئمة عليهم السلام لو لم يفهموا من الاهداء الملك الحقيقي لما تصرفوا هذه التصرفات من وطيء واستيلاد ونحوهما وعلو شأنهم ورفعة مكانهم أجل من أن يتصرفوا في ملك الغير مع عدم انتقاله لهم بناقل شرعي إلا بمجرد الاباحة ، أو الملك المتزلزل الراجع إليها ، فان الاباحة لايجوز في الفروج كما ذكره .

على أنه متى ثبت الملك كما اختاره وان ادعى أنه في الجملة فتجويز الرجوع يحتاج إلى دليل ، وما استند إليه من أصالة عدم اللزوم مع عدم تحقق عقد وهو معظم الشبهة عندهم ، فقد عرفت مافيه ، ودعوى أنه متزلزل كبيع المعاطاة وهو المشار إليه بقوله في الجملة ، قد عرفت تزلزله ، والله العالم .

والواجب أولاً نقل الأخبار التي وصلت الينا في هذا الباب ثم الكلام فيها بتوفيق الملك الوهاب ، ونقل ماعثرنا عليه من كلام الأصحاب كما جرينا عليه في سابق هذا المقصد والله الهادي الى حقيقة الحق والصواب .

الأول ـ مارواه في الكافي والتهذيب في الصحيح أو الحسن عن الحلبي وجميل (١) « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع فيها وإلا فليس له » .

الثاني ـ ما روياه في الصحيح أو الحسن عن عبد الله بن سنان (٢) « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اذا عوض صاحب الهبة فليس له أن يرجع » .

الثالث ـ مارواه في الكافي عن معاوية بن عمار (٣) في الصحيح « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الدراهم فيهبها له أله أن يرجع فيها ؟ قال : لا » .

الرابع ـ ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن زرارة (٤) « عن

---

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ٣٢ ح ١١ و ص ٣٣ ح ١٩ ، التهذيب ج ٩ ص ١٥٣ ح ٦٢٧ و ص ١٥٤ ح ٦٣٢ .

(٣) و (٤) الكافي ج ٧ ص ٣٢ ح ١٣ و ص ٣٠ ح ٣ ، التهذيب ج ٩ ص ١٥٤ ح ٦٢٩ و ص ١٥٢ ح ٦٢٤ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٤١ الباب ٨ و ٩ ح ١ و ص ٣٣٢ ح ١ و ص ٣٣٤ الباب ٣ ح ١ .

أبي عبدالله عليه السلام قال : ان الصدقة محدثة ، انما كان الناس على عهد رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) ينحلون ويهبون ولا ينبغي لمن أعطى لله عزوجل شيئاً أن يرجع فيه ، قال : وما لم يعط لله وفي الله ، فانه يرجع فيه نحلة كانت أو هبة حيزت أو لم تحز ولا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته ، ولا المرأة فيما تهب لزوجها ، حيز أو لم يحز أليس الله تعالى يقول : « ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً » وقال : « فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً » وهذا يدخل في الصداق والهبة » .

ورواه العياشي في تفسيره عن زرارة (١) « عن أبي جعفر عليه السلام قال: لا ينبغي لمن أعطى لله شيئاً أن يرجع فيه » الحديث الى قوله : هنيئاً مريئاً ولم يذكر قوله ، وهذا يدخل فيه الصداق والهبة .

الخامس ـ ما رواه عن محمد بن مسلم (٢) في الصحيح « عن أبي جعفر عليه السلام قال : الهبة والنحلة يرجع فيها صاحبها ان شاء حيزت أو لم تحز إلا لذي رحم فإنه لا يرجع فيه» .

السادس ـ ما رواه الشيخ في التهذيب عن القاسم بن سليمان (٣) « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يهب الجارية على أن يثاب فلا يثاب أله أن يرجع فيها ؟ قال : نعم ان كان شرط له عليه ، قلت : أرأيت ان وهبها له ولم يثبه أيطأها أم لا ؟ قال : نعم اذا كان لم يشترط عليه حين وهبها » .

السابع ـ ما رواه أيضاً عن عبدالرحمن بن أبي عبدالله وعبدالله بن سليمان (٤) في الصحيح « قالا: سألنا أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها ان شاء أم لا؟ فقال: تجوز الهبة لذوى القرابة ، والذي يثاب من هبته ويرجع في غير ذلك ان شاء » .

ورواه بسند آخر عن عبدالله بن سنان (٥) مثله ، الا انه قال والذي يثاب في هبته .

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥١٥ الباب ٥ ح ٢ ، العياشي ج ١ ص ١١٧ ح ٣٦٦ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٣١ ح ٧ ، التهذيب ج ٩ ص ١٥٦ ح ٦٤٣ .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٥٤ ح ٦٣٣ .

(٤) و (٥) التهذيب ج ٩ ص ١٥٥ ح ٦٣٦ و ص ١٥٨ ح ٦٥٠ ولا فرق بين الروايتين وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٨ ح ٢ و ص ٣٤١ ح ٢ و ص ٣٣٨ ح ١ و ص ٣٤٢ ح ٣ .

الثامن ـ ماروواه في الصحيح عن أبان عمن أخبره (١) « عن أبى عبدالله عليه السلام قال : النحل والهبة ما لم تقبض حتى يموت صاحبها ؟ قال : هي بمنزلة الميراث وان كان الصبى في حجره فهو جائز ، قال : وسألته هل لأحد أن يرجع في صدقته وهبته ؟ قال : اذا تصدق لله فلا ، وأمّا النحل والهبة فيرجع فيها حازها أولم يحزها وان كانت لذى قرابة » ورواه بطريق آخر في الموثق عن داود بن الحصين (٢) عن أبى عبدالله عليه السلام « قال . الهبة والنحلة مالم تقبض حتى يموت صاحبها ؟ قال : هي ميراث فان كانت لصبى في حجره فأشهد عليه فهو جائز » .

التاسع ـ ما رواه عن المعلّى بن خنيس (٣) «قال : سألت أباعبدالله عليه السلام هل لأحد أن يرجع في صدقته أو هبته قال : أمّا ما تصدق به لله فلا » ، الحديث .

العاشر ـ ما رواه عن معاوية بن عمار (٤) في الصحيح « قال : قلت لأبى عبدالله عليه السلام رجل كانت عليه دراهم لانسان فوهبها له ثم رجع فيها ثم وهبها له ثم رجع فيها ثم وهبها له ، ثم هلك قال : هي للذى وهب له » .

الحادى عشر ـ ماروواه عن جميل بن دراج (٥) في الموثق « عن أبى عبدالله عليه السلام عن رجل وهب لابنه شيئاً هل يصلح أن يرجع فيه ؟ قال : نعم الا أن يكون صغيراً » .

الثاني عشر ـ ما رواه عن صفوان (٦) في الصحيح « قال سألت الرضا عليه السلام عن رجل كان له على رجل مال فوهبه لولده فذكر له الرجل المال الذي له عليه فقال له : ليس عليك فيه شيء في الدنيا والآخرة يطيب ذلك له ، وقد كان وهبه لولدله ؟ قال : نعم يكون وهبه له ، ثم نزعه فجعله هبة لهذا » .

(١) و (٢) التهذيب ج ٩ ص ١٥٥ ح ٦٣٧ و ص ١٥٧ ح ٦٤٨ .
وهما فى الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٤ الباب ٤ ح ١ و ص ٣٣٧ ح ٢ .
(٣) و (٤) التهذيب ج ٩ ص ١٥٨ ح ٦٥١ و ص ١٥٥ ح ٦٣٨ .
(٥) و (٦) التهذيب ج ٩ ص ١٥٧ ح ٦٤٦ و ٦٤٩ ، وهذه الروايات فى الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٩ ح ٤ و ص ٣٣٣ ح ٢ و ص ٣٣٧ ح ١ و ص ٣٣٣ الباب ٢ .

الثالث عشر ـ مارواه في الكافي عن محمد بن عيسى العبيدى (١) « قال : كتبت الى علي بن محمد عليهما السلام رجلا جعل لـك جعلنى الله فداك شيئا من ماله ثـم احتاج اليه أيأخذه لنفسه أو يبعث به اليك ؟ قال : هو بالخيار في ذلك مالم يخرجه عن يده ، ولووصل إلينا لرأينا أن نواسيه به وقد احتاج اليه » .

الرابع عشر ـ ما رواه الشيخ في التهذيب عن أبى بصير (٢) « عن أبى عبدالله عليه السلام قال : قال الهبة لا تكون أبداً هبة حتى يقبضها ، والصدقة جائزة عليه » .

الخامس عشر ـ مارواه عن ابراهيم بن عبدالحميد (٣) « عن أبى عبدالله عليه السلام قال : أنت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك ، فاذا خرجت الى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها ، وقال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) : من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه » .

السادس عشر ـ مارواه في الكافي والتهذيب عن سماعة (٤) في الموثق « قال : سألته عن رجل أعطى أمه عطية فماتت وكانت قد قبضت الذى أعطاها وثابت به ، قال : هو والورثة فيها سواء » .

السابع عشر ـ ما رواه في التهذيب في الصحيح عن أبى بصير (٥) « قال : قال أبو عبدالله عليه السلام الهبة جائزة قبضت أو لم تقبض قسمت أو لم تقسم ، والنحل لايجوز حتى يقبض ، وانما أراد الناس ذلك فأخطأوا » .

ورواه الصدوق في كتاب معانى الأخبار (٦) في الصحيح الى أبى بصير وهو

---

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٧٣ ح ٦٠٦ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٩ ص ١٥٩ ح ٦٥٤ و ص ١٥٨ ح ٦٥٣ .

(٤) التهذيب ج ٩ ص ١٥٤ ح ٦٣١ ، الكافى ج ٧ ص ٣٢ ح ١٦ .

(٥) التهذيب ج ٩ ص ١٥٦ ح ٦٤١ .

(٦) معانى الاخبار ص ٣٩٢ ح ٣٨ ط تهران سنة ١٣٧٩ .

وهذه الروايات فى الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٦ ح ٨ و ٧ و ص ٣٤٣ ح ٤ و ص ٣١٧ ح ٣ و ص ٣٣٥ ح ٤ .

مشترك وان كان الأظهر عده في الصحيح قال : بعد قوله أو لم تقسم و انما أراد الناس النحل فأخطأوا ، والنحل لا تجوز حتى تقبض » .

الثامن عشر ـ مارواه في الفقيه مرسلا (١) « قال : وفي رواية السكوني أن عليا عليه السلام كان يرد النحلة في الوصية وما أقر عند موته بلاثبت ولا بينة رده » .

التاسع عشر ـ مارواه في التهذيب عن أبي بصير(٢) « قال : سألته عن الرجل يشترى المبيع فيوهب له الشيء وكان الذى اشترى لؤلؤاً فوهبت له لؤلؤة فراى المشترى في لؤلؤه أن يرد أيرد ما وهب له ؟ قال : الهبـة ليس فيها رجعة وقد قبضها ؟ انما سبيله على البيع ، فان رد المبتاع المبيع لم يرد معه الهبة » .

العشرون ـ مارواه عن سماعة (٣) في الموثق قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن عطية الوالد لولده فقال : امّا اذا كان صحيحاً فهو ماله يصنع به ماشاء ، وامّا في مرضه فلا يصلح » .

الحادى والعشرون ـ مارواه عن أبي بصير (٤) « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجـل يخص بعض ولـده بالعطية ؟ قال : ان كان مؤسراً فنعـم ، وان كان معسراً فلا » .

الثاني والعشرون ـ ما رواه عن سماعة (٥) عن أبي عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه صداق أوبعضه فتبرئه منه في مرضها « قال : لا ، ولكن ان وهبت له جازما وهبت له من ثلثها » .

الثالث والعشرون ـ مارواه في الكافي والتهذيب عن سماعة (٦) في الموثق

(١) الفقيـه ج ٤ ص ١٨٤ ح ٦٤٦ .
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٣١ ح ١٠٠٨ .
(٣) و (٤) التهذيب ج ٩ ص ١٥٦ ح ٦٤٢ و ٦٤٤ .
(٥) التهذيب ج ٩ ص ١٥٨ ح ٦٥٢ .
(٦) الكافي ج ٧ ص ٣٤٦ ح ١٤ ، التهذيب ج ١٠ ص ٢٨٨ ح ١١١٧ ، الفقيـه ج ٤ ص ١١٠ ح ٣٧١ ، وهـذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٥ ح ٤ و ص ٣٨٠ ح ١٢ و ص ٣٨٤ ح ١١ و ١٢ و ١٦ .

قال : سألته عن رجل ضرب ابنته وهي حبلى فأسقطت سقطاً ميتاً فاستعدى زوج المرأة عليه ، فقالت المرأة لزوجها : ان كان لهذا السقط دية ولي فيه ميراث ، فان ميراثي منه لأبي ، قال : يجوز لأبيها ما وهبت له » ورواه في الفقيه عن سماعة مثله ورواه في التهذيب بسند آخر صحيح عن سليمان بن خالد (١) عن أبي عبد الله عليه السلام مثله وقال يؤدي أبوها الى زوجها ثلثي دية السقط » .

الرابع والعشرون ـ في التهذيب عن عبدالله بن سنان (٢) في الصحيح « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ليس للمرأة مع زوجها أمر في عتق ولاصدقة ولا تدبير ولا هبة ولا نذر في مالها إلا باذن زوجها أو زكاة أو بر والديها أو صلة قرابتها » .

الخامس والعشرون ماروواه عن محمد بن اسماعيل بن بزيع (٣) قال : سألت الرضا عليه السلام يأخذ من أم ولده شيئاً وهبه لها من غير طيب نفسها من خدم أو متاع أيجوز ذلك له ؟ قال : نعم اذا كانت ام ولده .

السادس والعشرون ـ ماروواه في التهذيب عن إسحاق بن عمار (٤) في الموثق « قال قلت لأبي عبدالله عليه السلام ما تقول في رجل يهب لعبده ألف درهم أو أقل أو أكثر فيقول : حللني من ضربي اياك ومن كل ما كان مني اليك وما أخفتك وأرهبتك فيحلله ويجعله في حل رغبة فيما أعطاه ، ثم ان المولى بعد ، أصاب الدراهم التي أعطاه في موضع قد وضعها فيه العبد ، فأخذها المولى أحلال هي له ؟ قال : فقال : لا تحل له ، لأنه افتدى بها نفسه من العبد مخافة العقوبة والقصاص يوم القيامة ، قال : فقلت له : فعلى العبد أن يزكيها ، اذا حال عليها الحول ؟ قال :لا ، إلا أن يعمل له بها ولا يعطى العبد من الزكاة شيئاً » .

(١) التهذيب ج ١٠ ص ٢٨٨ ح ١١١٨ .
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٢ ح ١٨٥١ ، الكافي ج ٥ ص ٥١٤ ح ٤ .
(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٦ ح ٧٢٩ .
(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٥ ح ٨٠٨ .
١/ الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٣ ح ١ و ج ١٦ ص ١٢٣ ح ٢ و ج ١٣ ص ٣٥ ح ٣

أقول : وقد تقدم في المقصد الثاني موثق عبيد بن زرارة (١) وفيه « ولمن وهب أو نحل أن يرجع في هبته حيز أو لم يحز ، ولا ينبغي لمن اعطى لله عزوجل أن يرجع فيه ».

اذا عرفت ذلك فاعلم أن الكلام هنا يقع في مواضع : **الاول** – لو أراد هبة مافي الذمة فلا يخلو امّا أن يكون لغير من عليه الحق ، أو لمن عليه الحق ، فهنا مقامان : أحدهما فيهبة غيرمن عليه الحق ، وقد اختلف الأصحاب (رحمهم الله) في صحة ذلك وبطلانه ، والمشهور البطلان لما سيأتي – ان شاء الله تعالى – تحقيقه من أن القبض شرط في صحة الهبة ومافي الذمة يمتنع قبضه ، قالوا : لأنه ماهية كلّية لا وجود لها في الخارج ، والجزئيات التي في ضمنها ليس هي الماهية ، بل بعض أفرادها غيرها .

أقول : ويؤيده ما صرح به الشيخ فيالمبسوط حيث منع من وقف الدين ، قال : لأن من شروطه القبض ، والدين لايمكن تسليمه ، ولايمكن فيه القبض ، وذهب الشيخ وابن ادريس والعلامة في المختلف الى الصحة ، واحتج عليه في المختلف بأنه يصح بيعه ، والمعاوضة عليه ، فتصح هبته لغيرمن هوعليه ، واشتراط الهبة بالقبض لاينافيه ، لتحققه بأن يقبضه المالك ، ثم يقبضه الموهوب ، أو يوكله المالك في القبض عنه ، ثم يقبض من نفسه .

أقول : ويدل على القول بالصحة ظاهر الخبر الثاني عشر ، والتقريب فيه التقرير على صحة الهبة لولده وان جاز له نزعه منه ، كما صرح به عليه‌السلام والنزع منه مستلزم لحصول الانتقال اليه بالهبة .

بقي الكلام فيه من حيث جواز الرجوع فيما يهبه لولده ، وهي مسئلة أخرى يأتي الكلام فيها ان شاء الله تعالى ، وظاهر الخبر هوصحة الهبة وان لم يحصل قبض ، ويمكن حمله على أن القبض شرط في اللزوم لا الصحة ، والهبة

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٠ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٢ ح ١ .

صحيحة وان لم تكن لازمة ، وسيجيء تحقيق الكلام في ذلك أيضاً ان شاء الله تعالى .

وأمّا ما قيل : من أن الدين ماهية كلّية لا وجود لها في الخارج الى آخر ماتقدم ، فجوابه أنه لو تم ذلك لما صح بيعه والمعاوضة عليه ، لأن البيع مشروط بالقدرة على التسليم اجماعاً في غير الابق ، بل يشترط وجوده مطلقا ، والماهية لا وجود لها على ما ذكروه ، وبه يظهر أن الماهية وان كانت من حيث هي لا وجود لها إلا أنها موجودة بوجود بعض أفرادها ، والا لما صح البيع ونحوه كما عرفت ، مع أنه لا خلاف في الصحة .

وبالجملة فان ما في الذمة ان كان موجوداً متحققا يمكن قبضه وتسليمه ، فبيعه وهبته صحيحان ، لحصول الشرط والقدرة على القبض ، ونحن لا نحكم بصحة الهبة إلا بعد القبض ، كما لا نحكم بصحتها لو تعلقت بعين إلا بعد قبضها ، والقبض لما كان ممكناً بقبض بعض أفراد الماهية كما قدمنا ذكره صحت الهبة ، وتوقفت على حصول القبض على ذلك الوجه ، ولا ريب في أن الدين مملوك للواهب قبل قبضه ، وقبضه ممكن على الوجه المذكور ، فصحت هبته ، وتوقفت على قبضه كما توقفت لو كانت عيناً ، وبه يظهر أنه لا يمتنع نقله الى ملك المتهب حال كونه ديناً كما ذكروه ، لأنه مملوك له ، وإلا لما صح بيعه أيضاً .

وثانيهما ــ في هبة من عليه الحق ، والظاهر أنه لا خلاف في صحة ذلك في الجملة ، انما الخلاف في اشتراط ذلك بالقربة ، كما سيأتي بيانه ان شاء الله تعالى لكن الهبة هنا عند الأصحاب بمعنى الابراء من الدين ، فلا يشترط فيها القبض ولا يجرى فيها الاشكال المتقدم ذكره ، ويدل على ذلك الخبر الثالث والعاشر ، وما اشتمل عليه الخبر العاشر من الرجوع بعد الهبة ، فانما وقع في حكاية كلام السائل ، فلا ينافي ما دل عليه الخبر الآخر من أنه بعد الهبة ليس له الرجوع ، وبذلك استدل الأصحاب على كون الهبة هنا بمعنى الابراء ، حيث ان الهبة بمجردها لا يلزم إلا في مواضع مخصوصة يأتي ذكرها ، وليس هذا منها ، فامتناع الرجوع

إنما كان من حيث انه ابراء ، والابراء لازم لارجوع فيه اتفاقاً ، وظاهر الأصحاب أنه لا ينحصر في لفظ ، بل كلّما أدى هذا المعنى من لفظ الابراء أو العفو أو الهبة أو الاسقاط أو نحو ذلك ، فانه تحصل به البرائة وفراغ الذمة وقد أطلق عليه لفظ العفو في قوله عز وجل (١) « إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح » وحيث ان الأصحاب قد اختلفوا في أن الأبـراء هل يتوقف صحته على القبول أم لا ؟ والهبة هنا في معنى الأبراء كما عرفت ، اختلفوا في اشتراط القبول فيها ، فكل من أوجبه ثمة أوجبه هنا ومن لا فلا ، والمشهور بين الأصحاب العدم ، ونقل فـي المختلف القول بالاشتراط عن الشيخ في المبسوط وابن زهرة وابن إدريس ، قال : قال الشيخ في المبسوط : قال قوم من شرط صحته قبوله ، ومالم يقبل فالحق ثابت بحاله ، وهو الذي يقوي فـي نفســي ' إلا أن شيخنا الشهيد الثاني فـي المسالك ذكر أن كـلام الشيخ فـي المسبوط هنا مختلف ، ففي أول المسئلة قواه ، وفي آخره قوى القول الآخر قال : فاطلاق جماعة نسبة القول باشتراطه اليه ليس بجيد .

احتج القائلون بعدم الأشتراط بالأصل ، وبأنه اسقاط لانقل شيء إلى الملك فهو بمنزلة تحرير العبد .

أقـول : ويدل عليه ظاهر قوله عز وجل « إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح » حيث اكتفى في سقوط الحق بمجرد العفو ، والقبول غير داخل فـي مسماه قطعاً ، واستدل أيضاً على ذلك بقوله عـز وجل (٢) « فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم » حيث اعتبر مجرد الصدقة ولم يعتبر القول وقوله تعالى (٣) : « ودية مسلّمة إلى أهله الا أن يصّدقوا » فاسقط الديّة بمجرد الصدقـة ولم يعتبر القبول ، والمراد بالصدقة في الآيتين الابراء .

---

(١) سورة البقرة ــ الاية ٢٣٧ .

(٢) سورة البقرة ــ الاية ٢٨٠ .

(٣) سورة النساء ــ الاية ٩٢ .

واعترض في المسالك على الاستدلال في الآيتين المذكورتين بأن الصدقة كما تقدم من العقود المفتقرة إلى القبول اجماعاً ، فدلالتهما على اعتباره أولى من عدمه.

أقول : الظاهر من كلام المفسرين وهو ظاهر الآيتين المذكورتين إنما هو الابراء ، والعفو عما يستحقونه ، احتج القائلون بالاشتراط باشتمال الابراء على الهبة ، فلا يجبر على تحملها ، وقبولها كهبة العين ، ولو لم يعتبر القبول فتحملها جبراً .

وأجيب عنه بالفرق بين هبة العين وهبة الدين ، فان الاول تمليك ، والثاني اسقاط ، فاعتبر القبول في الاول دون الثاني ، وتوضيحه أن الهبة لما كانت هنا بمعنى الابراء كما عرفت ، ومن الظاهر أن الابراء لا يتعلّق بالاعيان ، فانه لو أبرأ مالك الوديعة الودعي منها لم يملكها ولو قبل ، وكذا لو أسقط حقه من عين مملوكة لم تخرج بذلك عن ملكه ، بخلاف الدين ، فانه قابل لذلك ، فانه ليس شيئاً موجوداً ، فكان أشبه بالعتق .

وأما ما ذكروه من اشتمال الابراء على الهبة ، ففيه أنه لا يخفى أن اسقاط الانسان حق نفسه باختيار ، من غير طلب من عليه الحق واستدعائه ذلك لا يظهر فيه منّة ، بثقل تحملها على من عليه الحق ، بخلاف هبة الاعيان المتوقفة على القبول والقبض ونحو ذلك مما يشترط في صحة العقود ، مما هو ظاهر في الحرص على التملك الموجب للمنة غالباً ، والله العالم .

الثاني : لا خلاف بين الاصحاب في اشتراط القبض في الهبة في الجملة ، وإنما الخلاف في كونه شرطاً في الصحة أو اللزوم ؟ فالمشهور بين المتأخرين الاول ، ونقله في المختلف عن أبي الصلاح ونقله ابن إدريس عن أكثر علمائنا ، وذهب الشيخان وابن البراج وابن حمزة وابن إدريس والعلامة في المختلف إلى الثاني .

ويظهر الخلاف في مواضع ، منها النماء المتخلّل بين العقد والقبض ، فانه يكون للواهب على الاول ، وللمتهب على الثاني .

ومنها ما لـومات الواهب قبل الاقباض ، فانها تبطل على الاول ، ويتخـير الوارث بين الاقباض وعدمه على الثاني .

ومنها فطرة المملوك الموهـوب قبل الهلال ولم يقبضه الابعده ، فانها على الواهب على الاول ، وعلى الموهوب له على الثاني .

ومنها نفقة الحيوان في المدة المتخللة ، وأنت خبير بأن الأخبار في هذا المقام لاتخلو من اختلاف ، فمما يدل على القول الأول الخبر الثامن ، حيث صرح فيه بأنها بعد الموت وقبل القبض ترجع ميراثاً ، وهوظاهر في بطلانها قبل القبض ، ولو كانت صحيحة كما هوالقول الآخر لكان الحكم تخيرالوارث بين الاقباض فتلزم وعدمه ، والخبر الرابع عشر لدلالته على أن الهبة لاتكون هبة أبداً الا بالقبض ، ومفهومه أنها بدونه لاتكون هبة وهوأظهر ظاهر في البطلان بدون القبض .

واستدل القائلون بهذا القول زيادة على الخبرين المذكوريـن بأن الاصل بقاء الملك على مالكه ، وعدم تأثير العقد في مقتضاه ، خرج منه ما بعد القبض بالاجماع ، فيبقى الباقي .

وأجاب عنه الآخرون بارتفاع الأصل بطرو السبب الناقل ، وعموم الامر(١) « بالوفاء بالعقـد » يمنع تأثيره بقبضه مطلقاً ، وأجابوا عن الرواية الاولى بضعف السند ، وعن الثانية بانـه لايجوز حملها على ظاهـرها ، والا لزم التناقض ، بل المراد أن الهبة لاتكون هبة لازمة أبداً حتى يقبض ، وهوأولى من اضمار الصحة ، فان ماليس بصحيح كالمعدوم ، ومما يـدل على القول الثاني الخبر السابع عشر ، وهومع صحته ظاهر بل صريـح في صحة الهبة قبل القبض ، لأن المراد بالجواز في هذا الباب وما تقدمه اللزوم في أكثر الأخبار ، ولكن وجه الجمع بين هذا الخبر وغيره يقتضي الحمل على الصحة ، واحتجوا على ذلك زيادة على الرواية بأنـه عقد يقتضي التمليك ، فلا يشترط في صحته القبض ، كغـيره من العقود ، ولعمـوم

(١) سورة المائدة ـ الاية ١ .

الأمر بالوفاء بها المقتضي له ، ولأنه تبرع كالوصية ، فلا يعتبر فيها أيضاً .

واعترضه في المسالك فقال : ويمكن أن يقال : ان العقود منها مايقتضى الملك ، ومنها ما لايقتضيه بدون القبض ، وقد تقدم منه الوقف ، فيكون أعم ، والمراد بالوفاء بها العمل بمقتضاها من لزوم وجواز وغيرهما ، فلايدل على المطلوب ، و كذلك مطلق التبرع أعم مما لايعتبر فيه القبض ، والحاقه بالوصية قياس ، واجاب عن الرواية بأن اطلاق الهبة على غير المقبوضه أعم من الحقيقة ، وجاز أن يكون مجازاً تسمية للشيء باسم مايؤل إليه على تقدير لحوقه ، أو اطلاقاً لاسم المجموع على بعض الأجزاء ، فان الايجاب والقبول أعظم أجزاء السبب التام في تحققها ، ومطلق جوازها لانزاع فيه ، انتهى وهومؤذن باختياره القول الأول .

أقول : ما أجاب به عن تلك الوجوه غير بعيد ، وان أمكن المناقشة في بعضه ، وأما ما أجاب به عن الرواية فهوفي غاية البعد ، ولوقامت أمثال هذه الاحتمالات لانسدت أبواب الاستدلالات ، على أنه أولاً لامعنى للحكم بالجواز عليها الذي هو بمعنى الصحة أو اللزوم كما عرفت ، والحال أنها ليست بهبة حقيقه ، وإنما أطلق عليها مجازاً ، والا للزم الحكم بالصحة في كل ما أعطى وان لم يكن هبة بمجرد ارتكاب التجوز فيه ، وهولايقول به .

وثانياً ان اللازم من كلامه استعمال اللفظ في حقيقته ومجازه ، وهم لايقولون به ، لأن قوله عليه السلام الهبة جايزة قبضت أولم تقبض ، قد أطلق فيه الهبة على كل من المقبوضة ، وغير المقبوضة ، وهي عنده ليست بهبة حقيقية ، فقد استعمل عليه السلام لفظ الهبة في كل من حقيقته ومجازه .

وثالثاً أن مقابلتها بالنحل وأنها لايجوز حتى يقبض ، بمعنى أنه يشترط في صحتها أولزومها القبض ، أظهر ظاهر في أن المراد بالهبة في صدر الخبر هوما يسمى هبة حقيقة لامجازا ، والا فإن هذا الفرد المجازى الذي ادعاه حكمه حكم النحل

من أنه لا يجوز ولا يصح أو يلزم حتى يقبض ، فأي معنى لهذه المقابلة بينهما .

وبالجملة فاني لا أعرف لما ذكره وجهاً وجيها ، ولعله لسوء فهمي القاصر ، وكيف كان فالمسئلة لا تخلو من الاشكال ، لظهور التعارض بين هذه الأخبار وتصادم التأويلات من الجانبين ، وان كان القول الثاني لا يخلو من قوة ، وقد تقدمت الاشارة إلى دلالة الخبر الثاني عشر في ذلك .

قال في الدروس بعد نقل القولين المتقدمين : والروايات متعارضة ، ثم قال ولعل الأصحاب ارادوا باللزوم الصحة ، فان في كلامهم اشعاراً ما به ، فان الشيخ قال لا يحصل الملك الا بالقبض ، وليس كاشفاً من حصوله بالعقد ، مع أنه قائل بأن الواهب لو مات لم تبطل الهبة ، فيرتفع الخلاف ، انتهى .

واعترضه في المسالك قال : وفيه نظر ، لمنع تعارض الروايات على ما قد سمعت ، فان الجمع بينهما ممكن ، وارادة جميع الأصحاب من اللزوم الصحة غير واضح فان العلامة في المختلف نقل القولين واحتج لهما ، ثم اختار الثاني فكيف يحمل على الآخر ، نعم كلام الشيخ الذي نقله متناقض ، وليس حجة على النافين فان الخلاف متحقق .

أقول : ما ذكره من منع تعارض الروايات ان كان بالنظر الى تأويله الخبر الذي هو مستند القائلين بالقول الثاني فقد عرفت ما فيه ، فان تأويله في غاية البعد كما أوضحناه ، وان كان غير ذلك فليس في كلامه ما يدل عليه .

والتحقيق أن التعارض ثابت ، واوضحناه في معاني الأخبار المذكورة ، وامّا باقي ما ذكره فهو جيد ، والعجب هنا من العلامة في التذكرة حيث قال : الهبة والهدية والصدقة لا يملكها المتهب والمهدى اليه والمتصدق عليه بنفس الايجاب والقبول اذا كان عيناً إلا بالقبض ، وبدونه لا يحصل الملك عند علمائنا اجمع ، انتهى .

وهو صريح في دعوى الاجماع على أن القبض شرط في الصحة ، وهو وان مؤذناً بصحة ما ادعاه في الدروس ، الا أن الخلاف مشهور كما عرفت ، والشيخان

ومن تبعهما ممن تقدم ذكر بعض منهم على القول بأنه شرط في اللزوم ، وقد فرع الشيخ على الخلاف المذكور فطرة العبد المشترى قبل الهلال مع عدم القبض إلا بعده ، فقال في المبسوط : من وهب لغيره عبداً قبل أن يهل شوال فقبل الموهوب له ولم يقبضه حتى هل شوال ثم عبضه ، فالفطرة على الموهوب له ، لأن الهبة تنعقد بالايجاب والقبول ، وليس من شرط انعقادها القبض ، وفي أصحابنا من يقول القبض شرط في صحة الهبة ، فعلى هذا لا فطرة عليه ، وتلزم الفطرة الواهب ، انتهى ملخصاً ، فانظر الى صراحته في الخلاف وصراحته في اختيار القول بحصول الملك بمجرد العقد من غير توقف على القبض ، وهو (قدس سره) في المختلف قد وافق الشيخ في هذه المقالة ، واحتج بما ذكره الشيخ ، وبذلك يظهر لك عدم الوثوق بهذه الاجماعات المتناقلة في كلامهم ، والمتكاثرة الدوران على رؤوس أقلامهم .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن في المقام اشكالاً لم أقف على من تنبه له ، وهو أن مقتضى القول بكون القبض شرطاً في اللزوم لا في الصحة ، هو أن الهبة بدون القبض تكون صحيحة غير لازمة ، وبالقبض تكون لازمة ، بمعنى أنه لا يجوز الرجوع فيها ، اذ المتبادر من اللزوم هو ذلك ، مع أنه كما سيأتي ان شاء الله تعالى ذكره ان الأمر ليس كذلك حيث انهم عدوا المواضع التي لا يجوز الرجوع فيها ، وحصروها في مواضع مخصوصة ، وان كان على خلاف في بعضها ، وليس هذا منها ، وصرحوا بأنه لا خلاف في جواز الرجوع فيما عداها ، وممن صرح بذلك المحدث الكاشاني في المفاتيح ، لما فهمه من كلامهم ، فقال بعد عده المواضع المشار اليها ما لفظه : وفي غير ما ذكر يجوز له الرجوع مطلقا بلا خلاف ، كما في الصحاح المستفيضة ، ثم نقل ما يخالفها ، وحمله على الكراهة ، والاشكال كما ترى ظاهر ، ولا مخرج من هذا الاشكال الا بما ذكره في التذكرة ، وأشار اليه في الدروس مما يرجع إلى حمل اللزوم على الصحة ، الا أنك قد عرفت ما فيه ، وبالجملة فان كلامهم في هذا المقام لا يخلو من تشويش واضطراب كما لا يخفى على ذوى الأفهام والألباب ، والله العالم

تنبيهات :

الاول : لو مات المتهب بعد العقد وقبل القبض ، فالظاهر أنه كموت الواهب في التفريع على القولين المتقدمين ، فان قلنا ان القبض شرط في الصحة بطلت الهبة في الموضعين ، وصار الموهوب ميراثاً لورثة الواهب ، وان قلنا بالقول الأخير تخير الواهب في الاقباض وعدمه في موت المتهب ، وتخير وارثه في ذلك في موت الواهب ، صرح بذلك في التذكرة وأكثر الأصحاب لم يذكروا إلا موت الواهب .

واستدل في المسالك على البطلان بموت الواهب ـ حيث انه المفروض في عبارة المصنف بمرسلة أبان ، ورواية داود بن الحصين المتقدمين ـ ثم طعن فيهما بضعف السند ، ومورد الخبرين كما ترى انما هو موت الواهب ، ثم نقل عن الشيخ في المبسوط الخلاف في ذلك ، حيث انه قال لاتبطل الهبة ، وتقوم الورثة مقامه كالبيع في مدة الخيار ، من حيث ان الهبة عقد يؤل الى اللزوم ، فلاينفسخ بالموت ، وتبعه ابن البراج على ذلك ، مع أن الشيخ قال في هبة ذى الرحم : اذا مات قبل قبضها كان ميراثاً ، وقال : ان الملك لايحصل الا بالقبض ، وليس كاشفاً عن حصوله بالعقد ، ثم أورد عليه التناقض بين كلاميه .

أقول : كلام الشيخ الأول مبني على مذهبه الذي قدمنا نقله عنه من أن القبض شرط في اللزوم لافي الصحة ، إلا أنه ناقضه بكلامه الأخير ، وهذا هو ما قدمت الاشارة اليه في تمسك صاحب الدروس به في رفع الخلاف من البين .

ثم انه قال في المسالك : ولافرق مع موته قبل القبض بين اذنه فيه قبله وعدمه ، لبطلان الاذن بالموت ، وفي معناه مالو أرسل هدية الى انسان فمات المهدى أو المهدي اليه قبل وصولها ، فليس للرسول دفعها حينئذ الى المهدي اليه ، ولا الى ورثته لبطلان الهدية بالموت قبل القبض كالهبة ، انتهى .

الثاني : قالوا : لوأقر الواهب بالهبة والاقباض حكم عليه باقراره ، وان كانت الهبة في يد الواهب ، ولو أنكر بعد ذلك لم يقبل ، لعموم (١) « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز » وكونها في يده لا يستلزم عدم الاقباض بعد اعترافه ، لامكان رجوعها اليه بعد ذلك ، الا أن يعلم كذبه في اخباره الاول ، كقطر الوقت الذي يسع القبض والرد ونحو ذلك .

الثالث : قد صرحوا بأنه لابد من اذن الواهب في صحة القبض ، فلو قبض الموهوب الهبة بغيراذنه لم ينتقل اليه ، وفي المسالك أنه لاخلاف فيه عندنا .

أقول : والوجه فيه واضح ، وهو أن الاقباض غير واجب على الواهب ، لعدم الاستحقاق الشرعي حيث ان مجرد العقد غيرموجب للنقل البتي فانه من العقود ، ولزومه مراعى بالأسباب المخصوصة الآتي تفصيلها ان شاء الله تعالى وحينئذ فلو قبضه بغيراذن فهو محرم بلاريب ، والظاهر كماهوالمشهور أنه لايعتبر في القبض كون الاذن بنيّة الهبة ، فلو أذن فيه مطلقا صح ، خلافاً لبعضهم حيث اعتبر وقوعه للهبة أو الاذن فيه فان ذلك هو المقصود ، وحيث كان مطلق القبض صالحا لها ولغيرها فلابد من مايمز وهو القصد ، قال في المسالك بعد نقل ذلك : « وهوحسن » ، حيث يصرح بكون القبض لا لها ، لعدم تحقق القبض المعتبر فيها ، أمّا لوأطلق فالا كتفاء به أجود ، لصدق اسم القبض وصلاحيته للهبة ودلالة القرائن عليه بخلاف مالوصرح بالمصارف ، انتهى وهوجيد .

الرابع : الأشهر الأظهر أنه لووهبه في يد الموهوب ، فانه لايحتاج الى اذن في القبض ، ولامضي زمان يمكن القبض ، ولافرق في ذلك بين كون ذلك بيده بوجه شرعي كالعارية والوديعة اولا كالغصب .

أمّا الاول فلصدق القبض وحصوله في كل من الجانبين ، فانه مستصحب ، وايجاب العقد المقتضي لاقرار يده على العين رضاً منه ، واذن بالقبض .

(١) المستدرك ج ٣ ص ٤٨ ، الوسائل ج ١٦ ص ١٣٣ ح ٢ .

وأمّا الثاني فانه حيث لايفتقر الى قبض ولا اذن جديد في القبض لايفتقر الى مضي زمان يمكن فيه القبض ، لأن الافتقار الى الزمان تابع للقبض ، حيث انه من ضرورياته ولوازمه ، فيعتبر حيث يعتبر ، وقد عرفت أنه لا يفتقر الى قبض جديد واذا لم يعتبر المتبوع سقط اعتبار التابع ، وبه يظهر ان ماصار اليه بعضهم من أنه يفتقر الى مضـي زمان يمكن فيه القبـض ــ كما نقل عن الشيخ في المبسوط أو الى اذن جديد ومضي زمان ــ فانه لاوجه له ، وأصالة العدم أقوى دليل في المقام .

الخامس : لو وهب الأب أو الجد لولده الصغير ماهو بيدهما لم يفتقر الى قبض جديد لان قبض الولي قبض عنه ، ولايفتقر أيضاً الى مضي زمان يمكن فيه القبض لعين ماتقدم في سابق هذا الموضع ، وقد تقدم في أخبار الصدقة على الولد أن قبض الأب والجد عن الصغير كاف في صحة الصدقة ، ففي رواية السكوني (١) « وان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز ، لأن والده هو الذي يلي أمره » .

وبالجملة فإن الحكـم لااشكال فيه ولاخلاف نصاً وفتوى فيما أعلـم ، فان القبض السابق على الهبة كاف عن القبض الطاري بعدها ، وأيدوه بان اليد المستدامة أقوى من اليد المبتداة

بقي الكلام هنا في مواضع : أحدها ــ انا قد أشرنا سابقاً الى أن محل البحث فيما لو وهب الأب أو الجد ماهو في يدهما ، واما لو لـم يكن كذلك بأن يكون ملكهما ، ولكنه في يدهما ، فقد صـرح الأصحاب بأنه يفتقر الى قبـض جديد كغيره ، وفرضوا ذلك فيمن اشترى شيئا ولم يقبضه فان الملك يتم بالعقد وان لم يقبضه ، ويجوز نقله بالهبة ونحوها ، وان امتنع بيعه على بعض الوجوه كما تقدم في كتـاب البيـع في مسئلة بيع ما لم يقبض ، ويمكن أيضاً فرض ذلك في مال ورثة الأب أو الجد ، وهو تحت يد الغير ، ولم يتمكن من قبضه ، وفيما غصب منه

(١) الكافـي ج ٧ ص ٣١ ح ٧ ، التهـذيب ج ٩ ص ١٣٥ ح ٥٦٩ وفيهما عـن محمد بن مسلم ، الفقيـه ج ٤ ص ١٨٢ ح ٦٣٩ عـن عبيد بن زرارة ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٧ ح ١ و ص ٢٩٩ ح ٥ .

وفيما آجره لغيره قبل الهبة .

أمّا الوديعة فانهم صرحوا بانه لايخرج بها عن يد المالك ، لان يد المستودع كيده ، قالوا : وفي العارية وجهان : أجودهما خروجه بها عن يده ، فيفتقر الى قبض جديد من الولي أو من يوكله فيه ، ولو وكل المستعير كفى .

وثانيها أنه هل يعتبر قصد القبض عن الطفل بعد الهبة ليتمحض القبض لها ، الظاهر تفريع ذلك على ماتقدم في التنبيه الثالث ، فعلى ماذكره العلامة (رحمة الله عليه) من أن مطلق القبض صالح للهبة وغيرها فلابد من مايز ، وهو القصد للهبة يأتي أن هنا كذلك ، لأن المال المقبوض بيد الولي ، فلاينصرف الى الطفل إلا بصارف وهو القصد ، وعلى ماذكره في المسالك وهو الأظهر كما تقدمت الاشارة اليه من الاكتفاء بعدم قصد القبض لغيره يكفي هنا ، وينصرف الاطلاق الى قبض الهبة وتلزم الهبة بذلك .

وثالثها ان المشهور في كلام الأصحاب اختصاص هذا الحكم بالولد الصغير ، وأمّا لو كان بالغاً رشيداً ذكراً وأنثى فانه لابد من قبضه ، وعليه تدل الأخبار .

وقال ابن الجنيد في كتابه الأحمدى : وهبة الأب لولده الصغار وبناته الذين لم يخرجوا عن حجابه ، وان كن بالغات تامّة ، وان لم يخرجها عن يده ، لأن قبضه قبض لهم ، انتهى .

والحاقه البنات في الحجاب بالأولاد الصغار ، قياس محض ، وقياسه على النكاح ممنوع مع وجود الفارق ، وبالجملة فهو قول نادر لايعبأ به .

ورابعها ـ أنه لو كان الواهب للصغير غير الأب والجد له ، فانه لاخلاف في أنه لابد من القبض عنه ، ويتولى ذلك الأب أو الجد أو الوصي أو الحاكم او من يعيّنه ، وانما الخلاف في أنه للصغير ولي شرعي غير الأب والجد كالوصي فهل يتولى القبض له ؟ أم يرجع الأمر الى الحاكم ؟ الذي صرح به الشيخ في المبسوط وتبعه عليه جمع منهم المحقق في الشرايع الثاني ، فانهم ألحقوا الوصي هنا بغير

الولي من الأجانب ، واحتج في المبسوط بأنه لايصح أن يبيع من الصبي شيئاً أو يشترى عنه ، قال : وينصب الحاكم أميناً يقبل منه هبته للصبي ، فاذا قبلها صحت الهبة ، قال في المختلف بعد نقل ذلك عنه والوجه التسوية بينه وبين الأب لأن له أن يقبل هبة غيره ، فكذلك يقبل هبة نفسه ، لعموم ولايته ، فلا وجه لاختصاصها بغيره ، والجواب عما احتج به ، المنع من حكم الأصل ، فان له أن يبيع ويقبل الشراء وأيضاً الفرق فان المعاوضة قد يحصل بها التغابن ، أمّا الهبة فانها عطية محضة ، وكانت المصلحة فيها ظاهرة ، انتهى وهو جيد .

السادس : لاخلاف ولا اشكال في جواز هبة المشاع كغيره ، ويدل على ذلك ما رواه في الكافي عن أحمد بن عمر الحلبي عن ابيه (١) « قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن دار لم تقسم فتصدق بعض أهل الدار بنصيبه من الدار ؟ قال: يجوز قلت : أرأيت ان كانت هبة ؟ قال : يجوز » .

وقبضه كالقبض في البيع ، فان اكتفينا بمجرد التخلية مطلقاً كما هو أحد القولين فلا اشكال ، وان اعتبرنا الفرق بين المنقول وغير المنقول فتختص التخلية بغير المنقول ، فلابد في المنقول من النقل ، ليتحقق قبض الحصة الموهوبة ، فإن كان الشريك هو الواهب ، فاقباضه بتسليم الجميع للمتهب ، ليتحقق القبض ، وان كان الشريك غيره ، توقف تسليم الكل على اذن الشريك ، فإما أن يرضى بذلك أو يوكل المتهب الشريك على القبض عنه ، فان تعاسرا رفع إلى الحاكم ، فينصب أمينا يقبض الجميع نصيب الهبة ، والباقي أمانة حتى يتم العقد ، هذا هو المشهور ، وبه قال في المبسوط ، وتبعه الأكثر ، وقال العلامة في المختلف في صورة التعاسر: والوجه عندي جعل القبض هنا التخلية ، لأنه مما يمكن نقله وتحويله ، فانه لافرق بين عدم الامكان المستند إلى عدم القدرة الحسية ، أو عدم القدرة الشرعية ، وهو أولى من التحكم في مال الشريك ، بغير اختياره .

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٤ ح ٢٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٥ الباب ١٢ .

واعترضه في المسالك بأن فيه منع عدم القدرة الشرعية ، حيث يوجد الحاكم المجبر أما مع عدمه فلا بأس به دفعاً للضرورة والعسر ، انتهى .

وقد سبقه إلى ذلك شيخنا الشهيد في الدروس كما سيأتي ذكره ان شاء الله تعالى ، ونقل في المسالك عن شيخنا الشهيد في الدروس قولاً آخر ، قال : وبالغ شيخنا في الدروس فاشترط اذن الشريك في القبض مطلقاً ، حتى لو اكتفينا بالتخلية ، نظراً إلى أن المراد منها رفع يد المالك وتسليط القابض على العين ، وذلك لا يتحقق الا بالتصرف في مال الشريك ، فيعتبر اذنه ورفع المانع عن حصة المالك خاصة مع الاشاعة لا يحصل به التسلط على الغير الذي هو المقصود من القبض ، وقبض جميع العين واحد لا يقبل التفرقة بالحكم ، ومن ثم لو كانت العين مقبوضة بيد متسلّط لم تكف التخلية من المالك وتسليطه عليها ، مع وجود المانع من التسليم ، وله وجه حسن ، وان كان الأشهر الأول .

أقول : لم أقف على هذا الكلام في الكتاب المذكور في باب الهبة واحتمال كونه في غيره بعيد ، والذي ذكره في باب الهبة موافق لما عليه الجماعة ، قال : وقبض المشاع يعتبر فيه اذن الشريك وان كان غير منقول ، فلو وكل المتهب الشريك في القبض صح ، وان تعاسر نصب الحاكم أميناً يقبض الجميع نصفه أمانة للمتهب ، وفي المبسوط غير المنقول تكفي فيه التخلية عن اذن الشريك ، وفي المختلف تكفي فيه التخلية في المنقول أيضاً وهو مفارقة لقاعدته في القبض ، واعتذاره بأن عدم القدرة شرعاً ملحقة بغير المنقول ممنوع ، لانا نتكلم على تقدير التمكن من الحاكم ، أما مع عدم التمكن منه فانه حسن ، انتهى .

وهو موافق لما في المبسوط الا في غير المنقول فان الشيخ في المبسوط اكتفى فيه بالتخلية عن اذن الشريك ، وهو اعتبر الاذن ، ولم يكتف بالتخلية ، وأما مع التعاسر فهو موافق لما ذكره الشيخ .

وأما ما ذكره في المسالك من هذا الكلام بطوله فلا وجود له أللهم إلا أن

يكون هذا التعليل الطويل أعني قوله « نظراً الى أن المراد منها » الى آخر الكلام من كلام صاحب المسالك، تعليلا له لما نقله عن الدروس ، وأن الحكم مع عدم الاذن هوما ذكره مما نقلناه عنه فيزول الاشكال لكنه لايخلو من بعد .

وكيف كان فالظاهر هو ما ذكره الشيخ وأكثر الجماعة ، قال في المسالك : وحيث يعتبر اذن الشريك فقبض المتهب بدونه وما في حكمه يقع لاغياً ، لا للنهي، فانه لايقتضي الفساد في غير العبادة ، بل لأن القبض لما كان من أركان العقد اعتبر فيه كونه مراداً للشارع ، فإذا وقع منهياً عنه لم يعتد به شرعاً فيختل ركن العقد وقد عرفت أنه قبض واحد لايقبل التفرقة في الحكم ، بجعل القبض للموهوب معتبراً والنهي عن حق الغير الخارج عن حقيقة الموهوب ، انتهى .

أقول : قد سلف هنا ومن هذا القائل تحقيق في أن قولهم النهي لا يقتضي الفساد في غير العبادة ليس على اطلاقه ، بل قد يقتضي الفساد في غير العباده لما قدمناه من التفصيل بأن النهي ان توجه إلى ذات الشيء وعدم صلاحه لترتب الحكم الشرعي عليه كالنهي عن بيع العذرة لعدم صلاحيتها للنقل ، والنهي عن نكاح المحارم ونحو ذلك ، فانه يقتضي الفساد بلا اشكال ، وان توجه إلى أمر خارج كالبيع وقت النداء يوم الجمعة لم يقتض الفساد ، وانما يقتضي الاثم خاصة ، والظاهر أن ما نحن فيه من القسم الأول ، فإن النهي للمتهب عن قبض المشترك بغير اذن المالك للمتهب إنما هو من حيث عدم صلاحيته وقابليته للانتقال ، لا من حيث أمر خارج فلاحاجة إلى ما تكلّفه (قدس سره) مع أنه لايخلو من المناقشة ، فانه لو تم لأمكن اجراؤه في سائر المعاملات ، وعدم ارادة الشارع غاية مايقتضيه الاثم بالمخالفة ، كما لايخفى والله العالم .

السابع : لو وهب اثنين شيئاً فقبلا وقبضا فلااشكال في الصحة ، لاستجماع شرائطها ولو قبل أحدهما وقبض ، وامتنع الآخر صحت الهبة بالنسبة إلى القابل ، وبطلت بالنسبة إلى الآخر ، لحصول شرائط الصحة في الأول دون الثاني ، وربما

يقال : انه عقد واحد لايتبعض ، فان قبلا وقبضا صح ، والافلا ، لأنّا نقول : وان كان بصورة عقد واحد الا أنه بتعدد الموهوب فيقوة عقدين ، ونظيره مالو اشتريا دفعة واحدة ، فان لكل واحد منهما حكم نفسه فيالخيار ونحوه ، كما تقدم في في كتاب البيع ، والله العالم .

الموضع الثالث: لا خلاف ولا اشكال فيجواز تفضيل بعض الولد وانكان على كراهة عند الأصحاب ، إلا مانقل عن ظاهرابن الجنيد من التحريم إلا مع المزيـة .

قال في المسالك : أما جواز التفضل في الجملة فهو المشهور بين الأصحاب وغيرهم ، ويشهد له (١) «ان الناس مسلّطون علىأموالهم» ويظهرمن ابن الجنيد التحريم إلا مع المزيـة ، والتعدية إلى باقي الأقارب مع التساوي في القرب ، والوجه الكراهـة المؤكدة لقولـه (صلى الله عليه وآله وسلّم) (٢) سووا بـين أولادكم فيالعطية ، فلو كنت مفضلاً أحداً لفضّلت البنات ، وان التفضيل يورث العداوة والشحناء بـين الأولاد كما هوالواقع شاهداً وغابراً ولدلالة ذلك على رغبة الأب فـي المفضل المثير للحسد المفضي إلـى قطيعة الرحم ، وقـد روى أن النعمان بن بشير(٣) أتىأبوه إلىالنبى(صلّىالله عليه وآله وسلّم) فقال : انينحلت ابني هذا غلاما فقال النبى(صلّىالله عليه وآلـه وسلّم) : أكل ولدك نحلت مثل هذا فقال لا : فقال : اردده ، وفي رواية أخرى (٤) « ان النبى(صلىالله عليه وآله وسلّم» قال له : أتحب أن يكونوا لك فيالبر سواء ؟ فقال : نعم فارجعه ، قال وفي حديث آخـر (٥) عنه (صلّىالله عليه وآله وسلّم) انـه قال لمن أعطى بعض أولاده شيئاً أكل ولـدك أعطيته مثله قال : لا ، قال : فاتقوا الله واعدلوا بين اولادكم فرجع فيتلك العطية» وفيرواية أخرى «لاتشهدني علىجور» .

(١) البحـار ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧ الطبع الحديث .

(٢) المسند لاحمد بن حنبل ج ٤ ص ٣٧٥ .

(٣) و (٤) و (٥) البخارى كتاب الهبة الباب ١٢ .

وهذه الروايات تصلح حجة لابن الجنيد والأصحاب حملوها على تقدير سلامة السند على الكراهة جمعاً وقد روى ابو بصير في الصحيح (١) ثم نقل الخبر الحادى والعشرين ثم قال : ولا قائل بمضمونه تفصيلاً غير أن تجويزه العطية مع اليسار مطلقاً حجة المشهور ، ومنعه عنه مع الاعسار مناسب للكراهة ، والحق الفصل حيث يكون عليه دين ونحوه ، واطلاق النصوص السابقة يقتضي عدم الفرق بين الصحة والمرض ، وحالتي اليسر والعسر ، إلا الحديث الأخير ، فخص النهي بحالة العسر ، وفي رواية سماعة ثم ذكر الخبر العشرين ، ثم قال: وعمل بمضمونها العلامة في المختلف ، وخص الكراهة بالمرض أو الاعسار ، وفي بعض نسخه بهما معاً ، والظاهر أن دلالة الخبرين على الأول اوضح ، والأقوى عموم الكراهة بجميع الأحوال ، وتأكدها مع المرض والاعسار اعمالاً بجميع الأدلة ، لعدم المنافات انتهى .

وعلى هذا النهج كلام غيره من الأصحاب وأنت خبير بأن ما قدمه من الأخبار عنه (صلّى الله عليه وآله وسلّم) الظاهر أنه من أخبار العامة ورواياتهم ، كما يشهد به سياقها ، لعدم وجود شيء منها في كتب أخبارنا ، وإنما الموجود فيها ما يخالف هذه الأخبار ، ويناقضها من جواز التفصيل ، وهي متكاثرة بذلك.

فمنها ما رواه في الكافي والفقيه عن محمد بن قيس (٢) في الحسن « قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يفضل بعض ولده على بعض ؟ قال : نعم ونسائه » .

وما رواه الشيخ في التهذيب في الصحيح عن حريز عن محمد بن مسلم (٣) « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الرجل يكون له الولد من غير أم أيفضل بعضهم على بعض ؟ فقال : لا بأس ، قال : حريز وحدثني معاوية وأبو كهمس انهما سمعا

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٥٦ ح ٦٤٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٤ ح ١٢ .
(٢) الكافي ج ٧ ص ١٠ ح ٦ ، الفقيه ج ٤ ص ١١٤ ح ٤٩٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٣ ح ١ .
(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٩٩ ح ٧٩٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٤ ح ٢ و ٣

أبا عبدالله عليه‌السلام يقول : صنع ذلك علي عليه‌السلام بابنه الحسن وفعل ذلك الحسين بابنه علي وفعل ذلك أبي بي ، وفعلته أنا ».

وعن اسماعيل بن عبدالخالق (١) في الصحيح « قال : سمعت أباعبدالله عليه‌السلام يقول : في الرجل يخص ولده ببعض ماله فقال : لابأس بذلك ».

ومارواه في الكافي في الصحيح عن سعدبن سعد الأشعرى (٢) « قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه‌السلام عن الرجل يكون بعض ولده أحب اليه من بعض ويقدم بعض ولده على بعض ؟ فقال : نعم قد فعل ذلك أبو عبدالله عليه‌السلام نحل محمداً وفعل ذلك أبو الحسن عليه‌السلام نحل أحمد شيئاً فقمت أنا به حتى حزته له ، فقلت : جعلت فداك الرجل يكون بناته أحب اليه من بنيه ؟ فقال : البنات والبنون في ذلك سواء ، انما هو بقدر ماينزلهم الله عزوجل منه ».

قوله عليه‌السلام « فقمت أنا به » أي توليته له ، وكان أحمد كان صغيراً ، وقوله « انما هو بقدر ما ينزلهم الله » أي المحبة التي يقع في قلبه انما هي من الله تعالى فبقدر مايجعل الله لهم في قلبه يجعل المحبة ذكوراً أم اناثاً .

وما رواه في الفقيه عن رفاعة (٣) عن أبي الحسن عليه‌السلام « قال : سألته عن الرجل يكون لهم بنون وأمهم لست بواحدة ايفضل أحدهم على الآخر ؟ قال : لابأس به ، وقدكان يفضلني على عبدالله ».

أقول : وهذه الروايات مع كثرتها وصحتها قداتفقت على جواز التفضل من غير اشارة في شيء منها على الكراهة ، فضلاً عن التصريح ، وقد فعلوه عليهم‌السلام بمن كان ممن يستحق التفضيل ومن لايستحقه ، وبذلك يظهر لك أن جميع ماأطال به (قدس سره) من تلك الأخبار العامية والتعليلات العقلية كله تطويل بغير طائل .

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢٠٠ ح ٧٩٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٤ ح ٤ .
(٢) الكافي ج ٦ ص ٥١ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ١١٤ ح ٣٩٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٠٣ الباب ٩١ ح ١ .
(٣) الفقيه ج ٣ ص ٣١١ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٠٤ ح ٢ .

وليت شعري كيف غفلوا جميعاً عن هذه الأخبار وهي في الكتب الأربعة التى يتداولونها حتى التجاؤا الى هذه الأخبار العامية ، والعجب هنا من صاحب المفاتيح حيث تبع صاحب المسالك فيما نقلناه عنه ، وغفل أيضاً عن هذه الأخبار كما لايخفى على من راجعه .

نعم روى في الفقيه عن السكوني (١) « قال : وفي رواية السكوني قال : نظر رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) الى رجل له ابنان فقبّل أحدهما وترك الآخر فقال النبى (صلى الله عليه وآله وسلّم) : فهلاواسيت بينهما » وربما يتوهّم متوهّم تخصيص الأخبار المتقدمة بهذا ، وهو باطل بل الأظهر حمله على التقية ، فان راويه عامي مع أنه لم يسنده الى الامام عليه السلام وقد عرفت دلالة روايات العامة على ما دل عليه .

وأمّا ماروا العياشي في تفسيره عن مسعدة بن صدقة (٢) « قال : قال جعفر بن محمد عليه السلام قال والدي : والله اني لاصانع بعض ولدى وأجلسه على فخذى وأكثر له المحبة ، وأكثر له الشكر، وان الحق لغيره من ولدى ، ولكن محافظة عليه منه ومن غيره ، لئلا يصنعوا به مافعل بيوسف واخوته وما أنزل الله سورة يوسف إلا امثالاً لكيلا يحسد بعضنا بعضاً كما حسد بيوسف اخوته ، وبغوا عليه فجعلها رحمة على من تولانا ، ودان بحبنا ، وجحد أعدائنا ، على من نصب لنا الحرب والعداوة » فغاية مايدل عليه أنه عليه السلام كان يظهر التفضيل لبعض ولده ، فضايقه لدفع شره عن الامام القائم بعده ، وهذا بما يدعيه أنسب ، والى ما اخترناه أقرب ، ومرجعه الى أن التفضيل قديكون على جهة الاستحقاق ، أو المضايقة ، فلامنافاة فيه لما ذكرناه .

بقي الكلام في الخبرين المتقدمين الدال أحدهما على التفضيل بين الصحة والمرض، وأنه يعطى في حال الصحة دون المرض ، و الخبر الدال على التفضيل بين اليسر

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣١١ ح ١٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٠٤ ح ٣ .
(٢) المستدرك ج ٢ ص ٦٢٦ الباب ٦٧ ح ٣ ، العياشى ج ٢ ص ١٦٦ ح ٢ .

والعسر : فيخص بعض ولده مع اليسر دون العسر ، مع أن اطلاق الأخبار المتقدمة يقتضي عدم الفرق ، وأنت خبير بأنهما لا يبلغان قوة المعارضة لما قدمناه من الأخبار الصحيحة الصريحة في الجواز مطلقا .

وأمّا وصفه في المسالك لرواية أبي بصير (١) بالصحة فهو خلاف المعهود منه ومن غيره من أرباب هذا الاصطلاح حيث ان أبا بصير مشترك ، ولا قرينة تدل على الثقة منهما ، والآخر الضرير انما يعدون خبره في الضعيف ، على أن الظاهر أن رواية سماعة لا منافاة فيها ، وذلك فان ظاهرهما انما هو السؤال من عطية الوالد لولده ، وان كان واحداً وليس فيها تعرض للتفضيل الذي هو البحث بوجه ، فاجاب عليه السلام بأنه في حال الصحة جائز ، لأنه ماله يصنع فيه ما أراد ، وأمّا في حال المرض فلا ، والمنع من ذلك في حال المرض مطلقاً لا قائل به ، ولا يوافق مقتضى القواعد الشرعية ، فلابد على أن يكون المنع باعتبار كونه من الأصل ، فالنهي إنما يتوجه الى كونه من الأصل .

وحاصل معنى الخبر أنه في حال الصحة مخرج العطية من الأصل ، وفي حال المرض من الثلث ، لا من الأصل ، كما في حال الصحة وهذه مسئلة أخرى لا تعلق لها بما نحن فيه .

نعم خبر أبي بصير ظاهر في التفضيل لقوله « يخص بعض ولده » ، والظاهر حمله على ما ذكروه من كراهية التخصيص مع الاعسار ، لأنه متى خصه وهو معسر فقد حرم الباقين من الميراث ، اذ لا شيء يرثونه .

أمّا مع يسره وحصول قسط لكل من الباقين من الميراث ، فانه لا يحصل عليهم بتلك الهبة نقص زائد كما في صورة العسر الذي لا شيء بالكلّية ، وعلى هذا فيخص الأخبار المتقدمة بهذا الخبر : بمعنى أن التفضيل جائز مطلقا من غير كراهية ، إلا في صورة اعسار الواهب الموجب لحرمان باقي الأولاد من الميراث ، وهو جمع حسن بين الأخبار والله العالم .

---

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٥٦ ح ٦٤٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٤ ح ١٢ .

الموضع الرابع: المفهوم من كلام جملة من الأصحاب بل ربما ادعى الاجماع عليه كما تقدم الاشارة إليه بأنه يجوز الرجوع بعد القبض الا في مواضع مخصوصة، قد وقع الاتفاق على بعضها والخلاف في بعض، كما سيأتي تفصيله، ان شاء الله تعالى.

والأخبار في أصل المسئلة لا تخلو من اختلاف فمما يدل على جواز الرجوع الخبر الأول، وهو صحيح صريح في ذلك، ومفهوم الخبر الثاني، وهو صحيح أيضاً، والمفهوم مفهوم شرط لا اشكال في حجيته عند محققي الأصوليين وعندنا، للأخبار الكثيرة الدالة على حجيته، كما تقدمت في مقدمات الكتاب في الجلد الأول من كتاب الطهارة (١) ويدل على ذلك أيضاً الخبر الخامس (٢) وهو صحيح، صريح في ذلك، والخبر السابع (٣) وهو صحيح صريح في غير المواضع المستثناة فيه، والخبر الثامن، ومفهوم الخبر التاسع، ويدل على ذلك أيضاً قوله عليه السلام في موثقة عبيد بن زراره (٤) «ولمن وهب أو نحل أن يرجع في هبته حيز أو لم يحز» وقوله عليه السلام في صحيحة زرارة (٥) المتقدمة في مقصد الصدقة، «ولا ينبغي لمن أعطى لله شيئاً أن يرجع فيه، ومالم يعط لله وفي الله فانه يرجع فيه نحلة كانت أو هبة، حيزت أو لم تحز، ولا يرجع الرجل فيما وهب لامرأته» الحديث ويدل على العدم الخبر الثالث عشر، والخبر الخامس عشر، والخبر التاسع عشر.

ورواية جراح المدائني (٦) «عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: قال رسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلم): من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه».

وأنت خبير بأن هذه الروايات الأخيرة تقصر عن معارضة الأخبار الأولة

---

(١) ج ١ ص ٥٨.
(٢) ص ٣٠١
(٣) ص ٣٠١
(٤) و (٥) و (٦) التهذيب ج ٩ ص ١٥٣ ح ٦٢٥ و ص ١٥٢ ح ٦٢٤، الاستبصار ج ٤ ص ١٠٩ ح ٤١٧، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٢ ح ١ و ص ٣٣٩ ح ١ و ص ٣٤٣ ح ٣.

سنداً وعدداً ودلالة ، وحملها على الكراهة المؤكدة ، كما ذكره جمع من الأصحاب طريق الجمع بين الجميع ، وأما الصور المستثناة من جواز الرجوع فنحن نذكرها مفصلة واحدة واحدة ، وما يتعلّق بكل منهما من الأخبار ، وكلام الأصحاب على وجه يزول به غشاوة الشك ـ ان شاء الله تعالى فيها ـ والارتياب ، فنقول : الأولى ـ فيما لو كانت الهبة لذي الرحم ، وقد ادعى المحقق الاجماع على أنه متى كانت الهبة من الابن للأبوين فلا يجوز الرجوع ، وهو مؤذن بالخلاف فيما عداه ، حتى في هبة الأبوين للابن ، مع أن العلامة في المختلف عكس ذلك ، فادعى الاجماع على لزوم هبة الأب لولده ، ولم يذكر الأم ، قال : إذا وهب الأب ولده الصغير أو الكبير وأقبضه لم يكن للأب الرجوع في الهبة اجماعاً ، ولو كانت لغير الولد من ذوى الأرحام للشيخ قولان إلى آخره ، وهو مؤذن بالخلاف فيما ادعى عليه المحقق الاجماع ، الا أن شيخنا الشهيد الثاني في المسالك قال : والظاهر أن الاتفاق حاصل على الأمرين الا من المرتضى في الانتصار ، فانه جعلها جائزة مطلقاً مالم يعوض عنها ، قال : وكأنهم لم يعتدوا بخلافه لشذوذه .

والعجب أنه ادعى اجماع الامامية عليه مع ظهور الاجماع على خلافه ، وعلى ما ذكره شيخنا المذكور ينحصر الخلاف فيما عدا الصورتين المذكورتين ، والأشهر الأظهر اللزوم وعدم جواز الرجوع ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، والشيخ المفيد وسلار وابن البراج ، وقيل : بأنّ له الرجوع وهو قول الشيخ في المبسوط والتهذيب والسيد المرتضى وابن الجنيد وابن ادريس .

والذي وقفت عليه من الأخبار في هذا المقام مما يدل على القول الأول الخبر الخامس ، وهو صحيح صريح في عدم جواز الرجوع في هبة ذي الرحم ، وهو دال على عدم جواز الرجوع في الصورتين الأولين من حيث العموم ، وعلى الثالثة بالخصوص ، والخبر السابع وهو أيضاً صحيح السند دال على عدم جواز الرجوع في هبة ذى القربى ، لأن المراد بالجواز هنا اللزوم كما تقدمت الاشارة اليه ، وينادى

بذلك قوله ويرجع في غيرذلك ان شاء ، وحاصل الخبر أنه لايرجع في الهبة إذا كانت لذى قرابة أو معوضاً عنها ، ويرجع فيماعدا ذلك ، والخبر السادس عشر وهو موثق سماعة ، إلا أنه مختص بهبة الولد لأمه ، وقد حكم عليه السلام بأنه ميراث بعد موتها ، وليس للولد الرجوع فيه للزوم الهبة .

ومما يدل علىقول الآخرالخبرالثامن حيث صرح فيه «بأن النحل والهبة يرجع فيها حازها أو لم يحزها وانكانتلذي قرابة» والخبرالحادى عشر الا أنه غير صريح ، بل ولاظاهر في ذلك ، لأن ظاهر تجويزه الرجوع فيما يهب لابنه ، ـ الاأن يكون صغـيراً ـ أن الرجوع إنما هو من حيث عدم القبض بأن يكون الموهـوب بالغاً ولم يقبض ، ولهذا حكم بلزوم الهبة للصغـيرمن حيث ان الأب قابض له ، والخبرالثاني عشر إلا أنه لايخلو من الاجمال وتعدد الاحتمال ، وأنـه يحتمل أن يكون الرجـوع إنما هومن حيث كون الهبة غـير لازمة ، لأن مـن شرطها القبض ولم يحصل ، فهي وإن انتقلت إليه بالعقد ، الا أنـه انتقال متزلزل مراعىفي لزومه بالقبض ، وحينئذ فلم يبق مما يمكن أن يستدل بـه لهذا القول إلا الخبرالثامـن ، وهويضعف عـن معارضة الأخبار الأولة سنداً وعدداً ودلالة ، ومن المحتمل قريباً أن يكـون قوله وان كانت لذي قرابة قيداً في قوله « أو لم يحزها » بمعنى أنه إذا لم يحزها فله الرجوع وان كانت لذي قرابـة ، وهومعنى صحيح ، وبه يسقط الاستدلال بالخبرالمذكور علىماذكروه ، وبما أوضحناه لك في المقام يظهرضعف ماذهب إليه فيالكفاية من موافقة المرتضى(رضىالله عنه) في عدم لزوم الهبة علىذى الرحم ، والآباء والأبناء .

الثانية ـ فيما لوتلف بعد القبض سواء كان التلف من جهة الله سبحانـه ، أو المتهب ، أوغـيرهما ، فانه لايرجع ، ونقل عن التذكرة دعوى الاجمـاع على ذلك ، وكأنه لايعتد بخلاف المرتضىودعواه علىجوازالرجوع إلا مع التعويض .

ومما يدل علىاللزوم وعدم جـواز الرجوع في الصورة المذكـورة الخبر

الأول وهو صحيح صريح في المدعى ، قال : في المسالك وفي حكم تلفها تلف بعضها وان قل ، لدلالة الرواية عليه ، فان العين مع تلف جزء منها لاتعد قائمة ، انتهى .

وفيه اشكال فان الظاهر أن المراد بقيامها بعينها كما تضمنه الخبر انما هو بمعنى وجودها وعدم تلفها ، فلا يؤثر تلف بعضها خصوصاً مع قلته كاصبع العبد لوقطعت ، فانه لاينافي قيام العين ووجودها عرفاً ، وبالجملة فان ماذكره لايخلو عندي من شوب الاشكال .

الثالثة ـ فيما لو عوض عنها وان كان العوض قليلاً إذا حصل التراضي ، واللزوم في هذه الصورة اجماعي حتى من المرتضى ، ويدل على ذلك الخبر الثاني وهو صحيح صريح في عدم جواز الرجوع اذا عوض ، والخبر السابع حيث حكم عليه السلام بجواز الهبة الذي هو كما عرفت آنفاً عبارة عن لزومها في صورة ذي القرابة ، والذي يثاب أي يعوض .

قال في المسالك : ولا فرق في العوض بين كونه من بعض الموهوب وغيره ، عملاً بالاطلاق ، ولأنه بالقبض بعد العقد مملوك للمتهب ، فيصح بذله عوضاً عن الجملة ، انتهى .

أقول : يمكن أن يقال : ان المتبادر من المعاوضة هو كون أحد العوضين غير الآخر ، ولوتم ما ذكره للزم أنه لو دفعه المتهب بجميعه الى الواهب بعد القبض لصدق المعاوضة ، مع أنه لايسمى ذلك معاوضة ، فانما يسمى رداً ، ولافرق بين دفع البعض ودفع الكل ، قوله « لأنه بالقبض بعد العقد مملوك للمتهب » مسلم ، لكنه ملك متزلزل لايلزم إلا باعطاء العوض ونحوه ، من الامور الموجبة للزوم

وبالجملة فانه باعطاء بعض الموهوب أوجميعه انما يقال : رده أورد بعضه ولايقال . أعطى عوضه ، هذا هو الظاهر من العرف والاستعمال ، وبه يظهر أن ما ذكره لايخلو من شوب الاشكال .

ثم ان الظاهر من اطلاق الخبرين المذكورين أنه لافرق في لزوم الهبة

بالتعويض بين أن يكون قد شرط التعويض في العقد ، أو وقع بعده بأن وقع العقد مطلقا ، الا أنه بذل له العوض بعدذلك وأعطاه اياه ، لكنهم صرحوا بأنه لايحصل التعويض بمجرد البذل ، بل لابد من قبول الواهب له ، وكون البذل عوضاً عن الموهوب قالوا : لأنه بمنزلة هبة جديدة ، ولايجب عليه قبولها .

بقي الكلام هنا في أنه لووهب وأطلق هل يقتضي التعويض أم لا ؟ المشهور الثاني ، وقال الشيخ في الخلاف والمبسوط : الهبة على ثلاثة أقسام ، هبة لمن فوقه ، وهبة لمن دونه ، وهبة لمن هو مثله ، وكلها يقتضي الثواب عندنا ، ومقتضاها نه بالهبة يجب على المتهب بذل العوض ، ويلزم وان لم يطلبه الواهب ، ولاقائل به سواه ، الا أن أبا الصلاح وافقه في هبة الأدنى للأعلى ، فقال : انها يقتضي الثواب فيعوض عنها بمثلها ، ولايجوز التصرف في الهبة مالم يعوض عنها ، لاقتضاء العرف ذلك .

وردّ كل من القولين المذكورين بأن الاصل والعمومات يقتضي خلافه ، وربما حمل كلام الشيخ على جواز الرجوع في الهبة ما لم يثب ، كما لو شرط فيها فيكون المراد أن لزومها انما يتحقق به ، والى هذا يميل كلام العلامة في المختلف في مقام الرد على ابن ادريس انتصاراً للشيخ والحق بعده .

وبالجملة فان الحكم مع الاطلاق كما هو المشهور هو أن الهبة جائزة من جهة الواهب إلا أن يحصل التعويض بما يتفقان عليه ، ومع الاختلاف يرجع الى مثل الموهوب أو قيمته ، ولا خلاف في أنه لوشرط الثواب صح ، أطلق أو عيّن ، وله الرجوع ما لم يدفع اليه ما شرط ، ويدل عليه الخبر السادس (١) فانه دال على حكم المشروطة بالثواب مطلقا ، أومعينا ، وأن للواهب الرجوع اذا لم يف المتهب بالشرط ، وأنه ليس للمتهب مع الشرط التصرف في الجارية حتى يفي بشرطه ، وفيه دلالة على تخير المتهب بين الوفاء بالشرط ، لتلزم الهبة ، ويجوز له التصرف ، وبين رد الهبة كماهو أحد القولين ، وهومنقول عن الشهيد في الدروس

(١) ص ٣١

وجماعة ، وقيل : بلزوم العقد من طرف المتهب ، وانه يجبر على الوفاء بالشرط مطلقاً كان أو معيناً ، هذا القول جار على ما قدمنا نقله عن الشيخ في الخلاف والمبسوط ، فلعل ما هنا تفريع عليه .

وكيف كان فالظاهر ضعفه ، فان المفهوم من الخبر المشار اليه خلافه ، فانه لو كان العقد لازما من جهته لجاز له وطيء الجارية مع الشرط قبل الوفاء به ، حيث انه قد ملكها بالهبة ملكا لازما ، ويجب عليه الوفاء بالشرط كما هو المفروض ، ومفهوم الخبر بخلافه .

ثم انه على تقدير الشرط ان كان ماشرطه معيناً فالحكم واضح ، وان كان مطلقا فان اتفقا على شيء قليلا أو كثيراً فلا اشكال أيضا ، والاوجب اثابة مقدار الهبة مثلاً أو قيمة ، ولا يجب الأزيد وان طلبه الواهب ، كما لا يجبر الواهب على قبول الأقل الا أنه يجب أن يعلم أن ذلك ليس على جهة اللزوم والحتم ، بل يتخير الواهب في كلتا الصورتين بين الرجوع وقبول العوض ، لأن العقد من جهته غير لازم قبل التعويض ، ويتخير المتهب بين الرد والاثابة ، إلا على قول الشيخ المتقدم وأبي الصلاح في خصوص ما ذكره ، حيث حكما باللزوم من جهة المتهب ، وأوجبا عليه الاثابة ، وان اختلفا في العموم والخصوص ، وقد عرفت ضعفه .

ثم انه على تقدير الاشتراط لو تلفت العين في يد المتهب قبل التعويض أو عابت سواء كان ذلك بفعله كلبس الثوب أم لا ، فهل يضمن المتهب الأرش أو الأصل أم لا ضمان ؟ قولان : صرح في المختلف بالأول ، ونقل عن ابن الجنيد من المتقدمين .

قال في المختلف : وان شرط الثواب فان أطلق كان اطلاقه منصرفاً الى العادة ، وان شرط معيناً فان أثابه اياه لزمت الهبة ، وإلا كان للمالك العود في هبته ، فان كانت ناقصة فعليه الأرش ، وان كانت تالفة فعليه المثل أو القيمة ، لأنه ملكه بشرط العوض ، ولم يسلم له فكان له الرجوع في عينه ، انتهى .

وجزم في التذكرة ــ ومثله ولده في الشرح ــ بالثاني ، واختاره المحقق

على تردد ، واحتجوا عليه بأن ذلك النقص حدث في ملك المتهب ، فلا يلزمه ضمانه ، ولأن المتهب لا يجب عليه دفع العوض كما مر ، بل للواهب الرجوع في العين والتفريط منه من حيث تركها في يد من سلطه على التصرف فيها مجانا .

احتج القائلون بالأول بما عرفت من كلامه في المختلف وهو انما ملكه بشرط العوض لا مجانا ، فانه انما قبضها ليؤدي عوضها فلم يفعل ، ومن ذلك يظهر أن الواجب عليه أحد الأمرين ردها ، أو دفع العوض ، فان تعذر الأول وجب الثاني .

ومنه يعلم الجواب عن دليل المخالف ، وقوله « انه سلطه على التصرف فيه مجانا » فانه انما سلطه بشرط العوض ، وهذا هو معنى الضمان ، وقولهم انه لا يجب عليه دفع العوض ، ان أريد به عدم وجوبه عيناً لم يلزم منه نفي الوجوب عن المبدل الذي هو المدعى ، وحينئذ فاذا تعذر أحد الأمرين المخير بينهما تعين الآخر ، وان أريد به عدم الوجوب بالكلية فهو ممنوع ، والى هذا القول مال في المسالك ، وقوته بما ذكرنا ظاهرة .

ثم انه على تقدير القول بالضمان مع التلف فهل الواجب مثل الموهوب أو قيمته ؟ أو أن الواجب انما هو أقل الأمرين من ذلك ومن العوض ، وجهان : اختار ثانيهما في المسالك ، قال : لما عرفت من أن المتهب مخير بين الأمرين ، والمحقق لزومه هو الأقل ، لأنه ان كان العوض الأقل فقد رضي به الواهب في مقابلة العين ، وان كان الموهوب هو الأقل فالمتهب لا يتعين عليه العوض ، بل هو مخير بينه وبين بذل العين ، فلا يجب مع تلفها أكثر من قيمتها ، انتهى وهو جيد .

الرابعة ـ فيما لو كانت لأحد الزوجين ، والمشهور بين الأصحاب كراهة الرجوع فيما يهبه أحدهما للآخر من غير أن تكون الهبة لازمة يحرم الرجوع فيما ، وذهب جمع منهم الى عدم جواز الرجوع كالصور المتقدمة ، والأول قول الشيخ في كتبه واتباعه ، والثاني نقله الشيخ في الخلاف عن بعض الأصحاب ، وبه

أفتى العلامة في التذكرة، ونقله في التحرير عن الشيخ، وهو مختار جملة من متأخري المتأخرين، منهم المحدث الكاشاني في المفاتيح، والفاضل الخراساني في الكفاية وهو ظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك، ونقله عن جماعة من الأصحاب (رحمهم الله) وظاهر شيخنا الشهيد في شرح الارشاد الميل اليه من غير جزم، حيث نفى عنه البعد، وهذا هو الأظهر عملاً بالخبر الرابع(١) وهو صحيح صريح في ذلك، وبه يخص عموم الأخبار الدالة على جواز الرجوع بعد القبض مطلقاً، كما خص بغيره من الأخبار المتقدمة في الصور السابقة، وعلى هذا فتكون الزوجية من أسباب اللزوم المستثناة من تلك الأخبار، كغيرها مما قدمنا ذكره.

والظاهر أن من قال بالأول نظر الى عموم الأخبار الدالة على جواز الرجوع بعد القبض، فجوز الرجوع وجعل ذلك مكروهاً، نظراً الى قوله (صلى الله عليه وآله وسلم) في صحيحة الحلبي (٢) الذي يرجع في هبته كالذى يرجع في قيئه ونحوها غيرها، بحمله على الكراهة المؤكدة جمعاً بينه وبين تلك الأخبار الدالة على جواز الرجوع كما تقدم ذكره، إلا أن فيه ماعرفت من ورود الخبر الصحيح الصريح باللزوم، وربما طعن في الصحيحة المذكورة بقوله عليه السلام فيها «حيز أولم يحز» حيث ان ظاهره لزوم الهبة، وان لم يقبض وهم لايقولون به، فما يدل عليه الخبر لايقولون به، ومايقولون به لايدل عليه، وأجاب عن ذلك في المسالك بأنه لما قامت الأدلة على عدم لزومها قبل القبض، وجب أن تحمل هذه الأخبار على قبض آخر جديد غير القبض الأول، جمعاً بين الأدلة.

أقول: ويمكن أن يقال بالخبر المذكور على ظاهره، ويخص هذا الحكم بالزوجين، ولامانع منه، اذا دل عليه الخبر، فكما أنه دل على إستثناء الزوجين

---

(١) ص ٣٠١

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٥٥ ح ٦٣٥ ولا يخفى ان المتن المذكور هو مضمون رواية ابراهيم بن عبد الحميد التهذيب ج ٩ ص ١٥٨ ح ٦٥٣ والا فالمذكور في رواية الحلبي هو الصدقة بدل الهبة، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٦ ح ٤ و ص ٣٤٣ ح ٤.

من عموم تلك الأخبار الدالة على جواز الرجوع بعد القبض ، كذلك على استثنائهما من عموم الأخبار الدالة على جواز الرجوع قبل القبض ، فيقال : تلزم هبة أحد الزوجين للآخر بمجرد العقد ، قبض أولم يقبض ، وان كان الحكم في غيرهما جواز الرجوع قبل القبض مطلقاً ، وبعده إلا في الصورة المتقدمة التي دلت النصوص على استثنائها ، وأي مانع من ذلك ، اذا اقتضاه الدليل ، سيّما مع استدلاله عليه السلام بالآيات المذكورة ، وهي مطلقة شاملة لما قبض أو لم يقبض .

وكيف كان فالظاهر أنه لافرق في الزوجين بين الدائم والمنقطع ولا بين المدخول بها وغيرها ، ولا بين المطلقة رجعياً وغيرها ، باطلاق النص ، أما البائنة فانها ليست زوجة ، والله العالم .

الخامسة ـ فيما لوضم اليها قصد القربة «ولاينبغي لمن أعطى لله شيئاً ان يرجع فيه ، ومالم يعط لله فانه يرجع فيه نحلة كانت أو هبة حيزت أولم تحز » وفي موثق عبيدبن زرارة (١) «ولمن وهب أو نحل أن يرجع في هبته حيز أو لم يحز ولاينبغي لمن أعطى لله عزوجل أن يرجع فيه» وفي الخبر التاسع «هل لأحد أن يرجع في صدقته أوهبته قال : أمّا ماتصدق به لله فلا» ويؤيدها جملة من الأخبار المتقدمة في الصدقة ، وأنه لا يجوز الرجوع فيما قصد به القربة ، وعلّل بعض المحدثين بأنه بالقربة قد استحق الثواب ، وصار عوضاً ، فيكون من قبيل الهبة المعوضة التي قد تقدم أنه لايجوز الرجوع فيها وهوجيد ، والله العالم .

السادسة ـ التصرف ، وقد اختلف الأصحاب (رحمهم الله) في أن تصرف المتهب اذا لم يكن داخلاً في أحد الصور المتقدم ذكرها هل يوجب لزوم الهبة ويمنع رجوع المالك فيها أم لا ؟ على أقوال : أحدها ـ عدم تأثير التصرف مطلقاً في لزومها ، سواءكان تصرفاً ناقلاً للملك مانعاً من الرد كالاستيلاد ، أو مغيراً للعين

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٥٣ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٢ ح ١ .

كطحن الحنطة ونحوها ، بل للواهب فسخها كما لو كانت قبل التصرف ، وهو مذهب المحقق في كتابيه ، واليه ذهب سلار وأبو الصلاح وهو ظاهر ابن الجنيد .

وثانيها ـ أنها تلزم بالتصرف مطلقاً ، واليه ذهب الشيخان ، وابن البراج ، وابن ادريس ، وأكثر المتأخرين كالعلامة والشهيد في اللمعة وغيرهما .

وثالثها ـ التفصيل في ذلك ، بأنه ان كان التصرف موجباً لخروجها عن ملكه أو مغيراً لصورتها كقصارة الثوب ونجارة الخشب أو كان التصرف بالوطىء ، فانها تكون لازمة ، وان كان التصرف بدون ذلك كركوب الدابة وسكنى الدار وحلب اللبن ونحوها ، فانها غير لازمة ، وهذا القول مذهب ابن حمزة والشهيد في الدروس وجماعة من المتأخرين ، وزاد ابن حمزة فقال : لا يقدح الرهن والكتابة ، وهو يشمل باطلاقه ما لو عاد الى ملك الواهب أو لم يعد .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن مما يدل على القول الأول ظاهر الخبر الأول (١) وهو صحيح ، والتقريب فيه أنه عليه‌السلام جوز الرجوع اذا كانت الهبة قائمة بعينها ، والا فليس له ، وقيام العين الذي هو عبارة عن بقائها شامل لحالتي التصرف وعدمه ، وكذا ظاهر الخبر السابع (٢) لقوله عليه‌السلام بعد ذكر ما يدل على عدم الرجوع بالنسبة الى ذي القرابة والذي يثاب ، « ويرجع في غير ذلك ان شاء » ،

وأجاب في المختلف عن هذين الخبرين حيث احتج بهما لأصحاب القول الأول مقتصراً عليهما بالحمل على ما اذا لم يوجد التصرف ، وفيه أن الحمل على خلاف الظاهر ـ كتخصيص العام وتقييد المطلق ـ يتوقف على وجود المعارض ليجمع بينهما بذلك ، وهو لم يذكر هنا ما يوجب المعارضة على هذا الوجه الا بعض الوجود الضعيفة ، كما سيظهر لك ان شاء الله تعالى ، ثم ان مما يستدل به لهذا القول الأخبار المتقدمة ذكرها في صدر هذا الموضع ، فانها متفقة على جواز

(١) ص ٣٠٠
(٢) ص ٣٠١

الرجوع بعدالقبض مطلقاً في بعض ، ومع استثناء بعض الصور المتقدمة في بعض ، ففي بعضها استثناء مايعطى لله من نحلة أو هبـة أو صدقة ، وبعضها استثناء ذي الرحم ، والتحقيق في هذا المقام انك اذا نظرت الى الروايات الدالة على جواز الرجوع بعدالقبض مطلقاً ، أوضممت اليها مادل من الأخبـار على عدم جواز الرجوع في الصور التى قدمناها ، ظهر لك أن الواجب تقييد اطلاق تلك الأخبار بهـذه الأخبار الواردة في هذه الصور ، وبقاء ماعدا هذه الصور على الدخول تحت الاطلاق ، فان العام المخصص والمطلق المقيد حجة فيما بقى بعد التخصيص والتقييد ، ولادليل في هــذه الصورة المدعاة هنا حتى يمكن أن يخصص تلك الأخبار به ، كما خصّصت بغيره من اخبار الصور المتقدمة ، وبه تظهر قوة القول المذكور .

حجة القول الثاني ـ وجوه ملتقطة من تضاعيف عبارات أصحاب هذا القول عموم قـوله تعـالى (١) « لا تأكلوا أموالكم بينـكم بالباطل إلا أن تكون تجـارة عن تراض منكم » وليس الرجوع تجارة ، ولاعن تراض ، وهذا مما استدل به في المختلف على ما أختاره من هذا القول .

الثاني ـ عموم «أوفوا بالعقود» (٢) خرج منه مادل الدليل على جـوازه ، فيبقى الباقي على أصله .

الثالث ـ روايـة ابراهيم بـن عبدالحميد (٣) عـن الصادق عليه السلام « قال : أنت بالخيار في الهبة مادامت في يدك ، فإذا خرجت الى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها» وقال : قال رسـول (صلى الله عليه وآلـه وسلم) : « من رجــع في هبته فهـو كالراجع فـي قيئه» خرج مـن ذلك ما أخرجه الدليل ، وبقى الباقي على أصله ، وهذا الوجه مما استدل به في المختلف أيضاً .

(١) سورة النساء ــ الاية ٢٩ .

(٢) سورة المائدة ــ الاية ١ .

(٣) التهـذيب ج ٩ ص ١٥٨ ح ٦٥٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٣ ح ٤ .

الرابع ـ جواز الرجوع يقتضي تسلّط الواهب على ملك المتهب ، وهو خلاف الأصل لقوله (صلّى الله عليه وآله وسلّم) (١) «الناس مسلّطون على أموالهم» فيقتصر فيه على موضع الدليل .

الخامس ـ قال الشيخ وروى الأصحاب أن المتهب متى تصرف في الهبة فلا رجوع فيها ، وهو يدل على وجود روايات بذلك .

السادس ـ أن المتهب قد ملك بالعقد والاقباض ، فظهر أثر المتهب بالتصرف ، فقوى وجود السبب فكان تاما ، وإلا لم يتحقق أثره ، فلا يتحقق النقل إلا بسبب طار ، والرجوع ليس سبباً هنا ، وإلا لكان سبباً في غيره ، وهذا الوجه مما ذكره في المختلف ، وهو أول أدلته .

السابع ـ أن جواز الرجوع يقتضي الضرر والاضرار بالمتهب على تقدير بنائه وغرسه وطول مدته ، وهما منفيان شرعاً .

الثامن ـ ان الموهوب قد صار ملكاً للمتهب بعقد الهبة فلا يعود الى ملك الواهب إلا بعقد جديد أو ماهو في حكمه .

التاسع ـ أنه اجماع ، لأن المخالف معروف بالاسم والنسب فلا يقدح .

العاشر ـ اخبار القيء ، وهي متعددة ، هذه جملة أدلتهم على القول الثاني ، وسنبين ان شاء الله تعالى ما فيها من القصور ، لكن قبل الشروع في ذلك لابد من تمهيد كلام في المقام يكون كالوجه الجهلي لرد ما ذكره هؤلاء الأعلام ، ثم نعطف الكلام على بيان ما في هذه الوجوه السقام ، فنقول قد عرفت مما ذكرناه في صدر هذا الموضع ان المشهور في كلامهم من غير خلاف يعرف ، بل ادعى عليه الاجماع ، أنه يجوز الرجوع بعد القبض إلا في مواضع مخصوصة ، وقد دلت جملة من الأخبار الصحاح الصراح على ذلك ، وأما ما عارضها من الأخبار الدالة على العدم فمع قصورها عن المعارضة لتلك الأخبار ، فانه لاقائل بها من الأصحاب ،

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث ح ٧ .

وحملوها على الكراهة المغلّظة جمعاً بين الأخبار وحينئذ فالواجب هو الوقوف على هذه الأخبار المذكورة الصحيحة الصريحة المعتضدة بعمل الأصحاب واتفاقهم على القول بها حتى يقوم دليل على ما يوجب الخروج عن اطلاقها وعمومها .

نعم قام الدليل بالنسبة الى الصور التي قدمناها ، فذيلناه بالأخبار الدالة على ذلك فوجب استثنائها ، واما فيما نحن فيه فليس إلا هذه الوجوه التي لفقوها ، وهي أوهن من بيت العنكبوت ، وانها لأوهن البيوت .

أما الأول ففيه أن الرجوع ليس أكل مال بالباطل ، لأنا انما جوزنا الرجوع بتلك الأخبار الصحيحة الصريحة في جواز الرجوع بعد القبض ، فانها صحيحة صريحة في الرجوع .

نعم قام الدليل من خارج على عدم جواز الرجوع في بعض الموارد ، فخصصنا به تلك الأخبار ، فبقيت فيما عداه على اطلاقها ، بل أكل المال بالباطل إنما يلزم القائل باللزوم ، وعدم جواز الرجوع ، فانه متى دلت الأخبار على جواز الرجوع ويرجع الواهب ، ولم يدفع إليه بناءً على دعوى لزوم الهبة بالتصرف ، فان اللازم من ذلك أكل المتهب لها بالباطل ، لمخالفته مقتضى النصوص المذكورة الدالة على استحقاق الواهب لها بعد رجوعه منها .

وأما الثاني ففيه أن العقود منها الصحيح ، ومنها الفاسد ، ومنها الجائز ومنها اللازم ، وقد حققنا سابقا أنه لا يجوز العمل بالآية على ظاهرها لما عرفت ، بل الواجب حملها على العقود اللازمة ، وما نحن فيه ليس بلازم ، لدلالة النصوص الصحيحة واتفاقهم على جواز الرجوع بعد القبض أعم من أن يكون قد تصرف أو لم يتصرف ودعوى كون العقد لازماً هنا بالتصرف مصادرة ، لانه عين المتنازع .

وأمّا الثالث فمع قطع النظر عن ضعف السند الذي يوجب طرحه باصطلاحهم فضلاً عن أن يصلح للمعارضة ، فانك قد عرفت أن هذا الخبر وما في معناه من الأخبار الدالة على عدم الرجوع بعد القبض قد حملها الأصحاب على الكراهة ،

تفادياً من طرحها ، حيث انه لا قائل بها ، فكيف يستدلون بهاهنا ، وهم انما يدعون اللزوم هنا من حيث التصرف ، والرواية وما في معناها إنما دلّت على اللزوم وعدم جواز الرجوع بمجرد القبض ، وليس فيها تعرض للتصرف بوجه ، فما تدل عليه الرواية لايقولون به ، ومايقولون لاتدل عليه فكيف يتم الاستدلال بها والحال كما ترى .

وأما الرابع ففيه أن جواز الرجوع مما اقتضته الصحاح المتقدم ذكرها والمتهب انما ملكه ملكاً متزلزلا مراعى بعدم الفسخ من الواهب ، فان مجرد القبض لايقتضى لزوم الهبة ، كما عرفت ، بل هي جائزة لاتلزم إلا بأحد الأسباب الموجبة للزومها ، وليس هذا منها ، ودعوى ان التصرف من جملتها مصادرة ، ومتى فسخ الواهب ورجع فانما رجع في ماله ، وتسلط على ماله ، لامال المتهب ، وحينئذ فالاستدلال بالخبر عليهم ، لا لهم .

وامّا الخامس ففيه أن الاستدلال بمجرد هذا الكلام مجازفة محضة سيما على مذاقهم واصطلاحهم ، ومناقشتهم في الأخبار المروية في الاصول ، فكيف يعتمدون هنا على مجرد هذا الكلام ، مع أن كتب الأخبار خالية من ذلك وأصحاب هذا القول بعد الفحص والمناقشة في تحصيل دليل لهم من الأخبار لم يعثروا ، إلا على رواية ابراهيم بن عبدالحميد المذكورة ، وأوردوا واستدلوا بها ، وقد عرفت مافيها سنداً ودلالة .

وأمّا السادس وهو أقوى أدلّته في المختلف ، ولهذا قدمه وبالغ في الذب عنه ، ففيه ما ذكره في المسالك من أنه ان أراد بالملك بعد العقد والاقباض هو الملك على جهة اللزوم ، فهو عين النزاع ومحل البحث ، وهل هو إلا مصادرة ، وان أراد تحقق الملك المطلق أعم من اللازم والجائز وترتب أثر هذا المطلق فهو غير نافع لأن العقد الجائز لايرفع جوازه التصرف فيه على هذا الوجه ، كما يظهر ذلك في تصرف أحد المتبايعين مع وجود الخيار للآخر ، وكما في التصرف غير المغير للعين

ولا الناقل للملك في الهبة عند بعض الأصحاب ، وحينئـذ فالظاهر من أثر الملك إنما هو أثر الملك اللازم الحاصل وهو الحائز رفعه على مايدعيه الخصم ، ودلت عليه الأخبار الصحيحة ، وذلك لايوجب قوة السبب ولا تماميته ، ولا ينافي كونه سبباً ، ودعوى كون الرجوع ليس سبباً هنا عين المتنازع ، فان الخصم يجعله سبباً تامّـاً في رفع ملك المتهب ، واثبات ملك الواهب بواسطة جواز العقد الذي قد استفيد من النصوص ، انتهى ، وهو جيد رشيق .

وأمّا السابع فضعفه أظهر من أن يخفى ، اذ لاخلاف كما عرفت ولا اشكال في كون العقد بعد القبض جائزاً متزلزلا ، للواهب فسخه والرجوع فيما وهبه متى أراد ، كما دلّـت عليه الأخبـار الصحيحة المعتضدة بفتوى الأصحاب واتفاقهـم ، وحينئذ فتصرف المتهب على هذا الوجه اقدام منه على الضرر ، ورضاً به ، لتصرفه في ملك غير مستقر ولا لازم ، فادخاله الضرر على نفسه لايكون حجة على غيره ، ولا يدخل تحت خبر الضرار ، كما هو ظاهر لذوى الأبصار والأفكار .

وأمّـا الثامن فهو كسابقه في الضعف ، لما تقدم في جواب الوجه السادس ، وهو أنه ان أراد بالملك هو الملك اللازم فهو أول المسئلة ومحل البحث ، وان أراد الأعم لم ينفعه ، ولم يضر الخصم ، وأما قوله فلايعود الى ملك الواهب إلا بعقد جديد ومافي حكمه ، ففيه بعد الاغماض عن المناقشة فيه بأن ذلك إنما هو في الملك اللازم الذي ليس لصاحبه الرجوع فيه ، على أنـا نقول ان الفسـخ هنا في حكم العقد ، حيث انه ناقل للملك من المتهب الى الواهب ، كما هو ظاهر .

وأمّا التاسع فهو أشد ضعفـاً من هذه الوجوه المذكوره ، وكيف يدعى الاجماع في موضع هـذا الخلاف المنتشر بـين عظماء الطائفة ، والمعركة العظمى والمناقشات الزائدة كما عرفت ، وستعرف ، ونحن في شـك واشـكال من حجية الاجماع في موضع لم يظهر فيه الخلاف ، فكيف بهذا الموضع الذي قد عرفت اتساع دائرة الخلاف فيه ، وماهذه الدعوى عند ذوى الانصاف إلا من قبيل الهذيانات

والتخيلات الموجبة لارتكاب جادة الاعتساب .

وأمّا العاشر فان فيه أن مادل عليه ظاهر هذه الأخبار من تحريم الرجوع في الهبة وأنه كالرجوع في القيىء الذى لاخلاف في تحريمه لاقائل به على اطلاقه مع دلالة الأخبار الصحاح الصراح المتقدم ذكرها على جواز الرجوع في الهبة بعد القبض ، مالم يعرض لهاما يوجب لزومها في تلك الصور المتقدمة .

وحينئذ فالواجب إمّا حمل هذه الأخبار على الكراهة المؤكدة كما ذكره الأصحاب ، أو العمل بظاهرها وتخصيصها بالصورة التي تلزم فيها الهبة ، ويحرم الرجوع بها ، وأمّا العمل بظاهرها فهوغير مستقيم كماهوظاهر لذوى الفهم القويم .

حجة القول بالتفصيل :ـ بأنه ان كان التصرف موجباً لخروجها عن ملكه ، أومغيراً للصورة كقصارة الثوب وطحن الحنطة ونجر الخشب وكذا الوطيء فهي لازمة ، وان لم يكن كذلك كركوب الدابة ولبس الثوب وسكنى الدار فهي جائزة يجوز الرجوع فيها ـ الخبر الأول (١) الدال على أنه اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع فيها ، وإلافليس له الرجوع ، والتقريب فيه أنه مع تغير العين بطحن الحنطة وتقطيع الثوب ونجر الخشب ونحو ذلك ، لايصدق بقاء العين لأن المتبادر منه بقاؤها على حالها واوصافها التي قبضها المتهب عليها ، لاأصل الذات ومع خروجها عن ملكه لايصدق بقاؤها عرفاً ، لأن ذلك منزل منزلة التلف ، فضلاً عن أصل الخروج عن الوصف ، وعلى هذا فتكون هذه الرواية مخصصة أو مقيدة لتلك الأخبار الصحاح المقدم ذكرها ، كما قيدوها بتلك الصور المتقدمة واعترض على ذلك في المسالك بأن الخبر المذكور لايخلو من الاشكال في السند والدلالة ، أمّا السند فلعدم كونها من الصحيح ممن يعتبر عدالة الراوي بالمعنى المشهور ، يشكل عليه العمل بها .

وأمّا الدلالة فتظهر في صورة نقلها عن الملك مع قيام عينها بحالها ، فان اقامة

(١) ص ٣٠٠

النقل مقام تغير العين أو زوالها لايخلو من تحكم أو تكلف ، بل قديدعى قيام العين ببقاء الذات مع تغير كثير من الأوصاف ، فضلاً عن تغيير يسير ، قال : وأيضاً فأصحاب هذا القول ألحقوا الوطيء مطلقاً بالتغيير ، مع صدق بقاء العين بحالها ، اللهم الا أن يدعى في الوطيء عدم بقاء عينه عرفاً وليس بواضح ، أويخص بما لو صارت أم ولد ، فانها ينزل منزلة التالفة من حيث امتناع نقلها عن ملك الواطيء وعلى كل حال فتقييد تلك الأخبار الكثيرة الصحيحة الواضحة الدلالة بمثل هذا الخبر الواحد البعيد الدلالة في كثير من مدعيات تفصيله لايخلو من اشكال ، الا أنه أقرب من القول المشهور باللزوم مطلقا ، انتهى .

أقول ـ وبالله التوفيق الى سواء الطريق ـ : انه لايخفى أن الطعن في الخبر المذكور بالسند غير مرضي ولامعتمد ، ولو على تقدير هذا الاصطلاح المحدث ، فان جملة منهم قدعدوه في الصحيح ، حيث ان حسنه انما هو بابراهيم بن هاشم الذي قد تلقوا أحاديثه بالقبول ، وان عدوه في الحسن ، فالمناقشة في السند ضعيفة واهية .

وأمّا في المتن فالتحقيق أن يقال : ان الخبر المذكور وان لم ينهض بالدلالة على ما ذكره القائل بالتفصيل في جميع ما أورده ، وادعى اللزوم بسببه ، الا انه ظاهر في البعض ، لانه من جملة ماعده من التصرف الموجب للزوم تقطيع الثوب ، ونجر الخشب ، وطحن الحنطة ، ومن الظاهر أن التصرف بهذه الأنحاء ونحوها لايصدق معها قيام الهبة بعينها ، لما عرفت آنفاً ، ففي هذه الحال لايبعد القول باللزوم ، والحاق ذلك بالتلف ، وأمّا بالنسبة الى نقلها عن الملك ، فالظاهر صدق قيامها بعينها ، كما اختاره شيخنا المتقدم ذكره ، فله حينئذ الرجوع فيها ، وظاهره في الدروس الحاقه بالتلف في اللزوم ، ومثل ذلك الوطيء أيضاً ان أرادوا به مطلق الوطيء ، وان خصوه بالاستيلاد فاشكال ، لصدق بقاء العين الموجب للرجوع ، وحصول الاستيلاد المانع من النقل من ملك الواطيء .

وبالجملة فالذي يظهر لي من الخبر المذكور هو الحاق التصرف الموجب لزوال الصورة على النحو المتقدم بالتلف ، وأمّا ما عداه فلا ، إلا في الاستيلاد ، فانه محل توقف ، وعلى تقدير القول باللزوم بالتصرف الناقل للملك ، ففي تنزيل موت المتهب وانتقال الهبة الى الورثة منزلة التصرف الناقل قولان : أحدهما ـ العدم ، فيجوز الرجوع ، لأن هذا الانتقال لم يحصل بتصرفه ونقله ، والتصرف الذي هو الموجب للزوم عندهم غير حاصل ، فيبقى كغيره على الجواز الموجب لجواز الرجوع ، لدخوله تحت الأدلة المجوزة للرجوع .

وقيل : إنه منزل منزلته ، لأن انتقاله عنه بالموت بفعل الله تعالى أقوى من نقله بفعل المتهب ، وهو خيرة الشهيد في الدروس ، وشرح الارشاد ، وقواه في الروضة .

وأنت خبير بأن مستند هذا القول أعني بالتفصيل انما هو الخبر المتقدم كما عرفت ، وهو قد تضمن جواز الرجوع اذا كانت الهبة قائمة بعينها ، وإلا فلا ، وهو أعم من أن يكون عدم قيامها بعينها الموجب لعدم الرجوع مستنداً الى فعل الله سبحانه ، أو فعل المتهب .

لكن يبقى الاشكال في أنه هل يصدق عدم قيامها بعينها على صورة الانتقال ، أم لا ؟ وقد عرفت مما قدمنا نقله عن المسالك منع ذلك ، حيث نسبه الى التحكم وهو القول بغير دليل ، أو التكلف ، فيجوز الرجوع لصدق قيامها بعينها ، وكلامه في الروضة ظاهر في موافقته للشهيد ، فما اختاره مؤذن بصدق ذلك ، وأنه مع الانتقال يصدق عدم قيامها بعينها ، وهو خلاف ما ذكره في المسالك ، كما لا يخفى اللهم إلا ان يكون كلامه في الروضة مبنياً على المماشاة والتنزيل ، بناء على القول بذلك ، بمعنى أنا لو قلنا : بأن نقل المتهب الهبة الى غيره موجب للّزوم ، فهل يكون موت المتهب الموجب لنقل (الله سبحانه) لها كذلك أم لا ؟ وحينئذ فيندفع عنه الايراد ، والله العالم .

المقام الثاني في جملة من أحكامها زيادة على ماسبق :

وفيه مسائل : **الاولى** : اذا وهب وأقبض ثم باع الهبة من آخر فان كانت لازمة كما في الصورة المتقدمة ، فان المبيع غير منعقد ولاصحيح ، لكونه تصرفاً في ملك الغير بغير اذنه ، إلا أن يكون من باب البيع الفضولي على القول به ، فيتوقف على اجازة المتهب ان قلنا بصحته ، وإلا فلا ، وان كانت الهبة جائزة يجوز الرجوع فيها ، فهل يصح ويقوم مقام الرجوع فيها ، فيكون بيعاً ورجوعاً أم لا ؟ بل لابد من الرجوع أولاً ثم البيع ، قولان . نقل ثانيهما عن الشيخ (رحمة الله عليه) في المبسوط ، وهو اختيار المحقق في الشرايع ، وبالأول صرح العلامة في الارشاد والقواعد .

احتج القائل بالعدم بأن الهبة قد انتقلت الى ملك المتهب بالعقد ، وان كان انتقالاً متزلزلاً قابلاً للزوال بالفسخ ، فبيعه قبل الفسخ وقع في ملك الغير ، لأنه باع مالا يملكه .

احتج القائل بالصحة بأن الأصل صحة البيع ، وهو متضمن للرجوع ، والمسئلة خالية من النص ، إلا أن الأقرب بالنسبة الى تعليلاتهم هو القول بالصحة وقول ذلك القائل أنه لابد من الفسخ أولاً وإلا لكان بيعاً لما لايملكه مردود ، بأنه لاريب أن ارادة البيع وقصده قبل وقوع العقد ظاهر في ارادة الفسخ ويكون وقوع العقد كاشفاً عن ذلك القصد ، فهو بيع بالنظر الى كشفه عن القصد والارادة المتقدمين على العقد ، فيكون بيعاً متضمنا للفسخ ، وأي مانع من ذلك ، والى هذا القول مال في المسالك ، وهو من حيث الاعتبار قوي ، وان كان من حيث عدم وجود النص في المسئلة لايخلو من توقف ، ولو كانت الهبة فاسده صح البيع اجماعاً ، كما ادعاه في القواعد ، وهو مما لااشكال فيه مع علمه بالفساد .

أمّا مع جهله وكون العقد عنده على الظاهر الصحة وان كان في نفس

الأمر فاسداً فاشكال ، ووجه الصحة في الجميع على ما قالوا هو كونه عقداً من مالك جائز التصرف ، فيكون صحيحاً .

ووجه العدم على تقدير جهله بالفساد أنه لم يقصد نقله عن ملكه لبنائه من حيث جهله بالفساد على أنه ملك لغيره فيكون إنما باع ملك غيره ، والعقود تابعة للقصود ، فلايكون العقد معلوم الصحة ، وأجيب عنه بأن ايقاع العقد باللفظ الصريح كاف في الدلالة على القصد اليه شرعاً ، كما في نظائره من العقود ، إذ لايشترط في صحته العلم بكونه قاصداً الى ذلك اللفظ ، حيث يكون شرعياً بل يحمل اطلاق لفظه ـ حيث يتجرد عن قرائن عدم القصد ـ على كونه قاصداً .

أقول : والظاهر عندي أنه لاضرورة الى هذه التكلّفات المذكورة ، والتعليلات المسطورة ، بل الأقرب أن يجعل الكلام هنا على تقدير الجهل بفساد الهبة ، وانها بحسب الظاهر صحيحة كالكلام في سائر هذه المسئلة وهو صحة الهبة ، ولافرق بينهما إلا بأن الهبة في الأولى صحيحة ظاهراً وواقعاً ، وفي الثانية صحيحة ظاهراً لاواقعاً، وحينئذ فاذا كان الكلام هنا كالكلام ثمة ، وقد عرفت ثمة أن الأقرب هو الحكم بصحة البيع ، وكونه بيعاً صحيحاً ، فأولى بالصحة هنا ، حيث انه لااشكال في صحة البيع مع العلم بالفساد و مع الجهل بالفساد ، حتى حكمنا بصحة البيع بناء على صحة الهبة ظاهراً ، وان كانت فاسدة واقعاً تتأكد الصحة بظهور الفساد ، لما عرفت من أنه لااشكال في الصحة مع العلم به فالبيع صحيح على التقديرين .

تتميم :

حيث انهم قد صرحوا بصحة البيع فيما لو كانت الهبة فاسدة في الواقع ، ونفس الأمر ، وان كانت صحيحة في الظاهر على ماتقدم من الاشكال في بعض الصور ، لما ذكروه من التعليلات التي أشرنا الى بعضها ، صرحوا بأن من قبيل ذلك ما لو باع مال مورثه ، وهو يعتقد بقائه بمعنى أنه يحكم بصحة البيع على تقدير ظهور

موت المورث حالة البيع ، فان البايع باع ما هو ملكه لحصول الشرط المعتبر في اللزوم ، وصدور البيع من مالك أمره ، ووجه البطلان في الموضعين اتحاد المسئلتين ، في أنه باع مال غيره بحسب الظاهر ، فيصير باطلا ، والقائل بالصحة هنا نظر الى وقوع البيع على ملكه واقعاً ، حيث انه وقت البيع قد انتقل اليه بالارث ، وان كان بحسب الظاهر أنه مال غيره ، لعدم علمه بالوفاة والانتقال اليه ،

واعترض ذلك في المسالك بناء على ما اعترض به في تلك المسئلة مما قدمنا الاشارة اليه ، فقال هنا أيضاً : ويشكل بما مر من عدم قصده الى البيع اللازم ، بل انما قصد بيع غيره ، وأقدم على عقد الفضولي ، فينبغي أن يعتبر رضاه به مع ظهور الحال خصوصاً مع ادعاء عدم القصد الى البيع على تقدير كونه ملكه ، ولعل هذا أقوى لدلالة القرائن عليه ، فلا أقل من جعله احتمالاً مساوياً للقصد الى البيع مطلقا ، فلا يبقى وثوق بالقصد المعتبر في لزوم البيع ، إلا أن يقال : ان المعتبر هو القصد الى بيع لازم وتوقفه على اجازة المالك أمر آخر ، والى مثل هذا نظر المصنف وجزم بصحة البيع ، ومثله ما لو باع مال غيره فظهر شراء وكيله له ، انتهى.

أقول : لا يخفى أن من باع مال غيره بغير اذنه ومنه بيع هذا الوارث مال مورثه بناء على حياته فانه لا يخلو من أن يكون غاصباً أو فضوليا ، وعلى تقدير القول بصحة بيع الفضولي ، فانه عندهم موقوف في لزومه على اجازة المالك ، وان عدمها يبطل ، والاجازة هنا غير ممكنة لظهور موته وقت البيع كما هو المفروض ، فيؤل الأمر الى البطلان على كل من التقديرين ، هذا مع تسليم صحة البيع الفضولي وإلا فقد عرفت أن الحق فيه أنه باطل كما مضى تحقيقه في كتاب البيع بما لا مزيد عليه (١) وحينئذ فيبنى الأمر في ذلك على أن التصرف الذي يكون بحسب الواقع شرعياً وان لم يكن بحسب الظاهر كذلك ، هل يترتب عليه ما يترتب على الشرعي ظاهراً وواقعاً أم لا ؟ وبعبارة أخرى موافقة الواقع وان لم يتعلق به

(١) ج ١٨ ص ٣٧٦ .

قصد ولا ارادة ، بل ربما تعلق القصد والارادة بغيره ، هل يكون كافياً في الصحة أم لا ؟ الظاهر من تتبع النصوص ذلك ، سواء كان في العبادات أو المعاملات ، ومنه ما ذكره من مثال من باع مال غيره فظهر شراءه وكيله له ، بمعنى أنه ظهر أن بيعه قد صادف الصحة بحسب الواقع ، وان كان بحسب الظاهر غير صحيح ، فانه لا اشكال في صحته ، ولهذا الباب في العبادات ـ التي لاريب في أن الأمر فيها من المعاملات أشكل وأصعب ـ أمثلة كثيرة ، وناقش بعض فضلاء متأخري المتأخرين في الاكتفاء بموافقة الواقع اتفاقاً اذا لم يكن مقصوداً ، وقد تقدم الكلام معه في كتاب الصلاة في مسئلة من صلّى في غير الوقت جاهلاً (١) ولو تمّ ما توهمه من أن الاتفاق الخارج لامدخل له في الأحكام الشرعية على الاطلاق كما زعمه ، لما أجز الصوم آخر يوم من شعبان عن شهر رمضان متى ظهر كونه منه بعد ذلك ، ويسقط القضاء عمن أفطر يوماً من شهر رمضان لعدم الرؤية في البلاد المتقاربة أو مطلقاً على الخلاف في ذلك ، ويوجب الحد على من زنى بامرأة ثم ظهر كونها زوجته ، ويصح شراء من اشترى شيئاً من يد أحد المسلمين ثم ظهر كونه غصباً ، ويوجب القضاء والكفارة على من أفطر يوماً من شهر رمضان في الظاهر ثم ظهر كونه من شوال ، ويوجب القود أو الدية على من قتل شخصاً عدوانا بحسب الظاهر ، ثم ظهر كونه ممن له قتله قوداً ، ويوجب العوض على من غصب مالاً وتصرف فيه ثم ظهر كونه له ، الى غير ذلك من المواضع التي يقف عليها المتتبع ، واللازم أن يكون كلها باطلة اتفاقاً ، وليس ذلك إلا من حيث الاكتفاء بمطابقة الواقع وان لم يكن مقصوداً ، ومانحن فيه من قبيل ذلك ، وبذلك يظهر لك أن ما أطال به الكلام شيخنا المتقدم ذكره في المسالك بالنسبة الى القصد في البيع وعدمه ، كله تطويل بغير طائل ، والحق في المقام هو ماحققناه .

ثم ما ادعاه في القواعد من الاجماع على صحة البيع لو كانت الهبة فاسدة كما

(١) ج ٦ ص ٢٨٧ .

قدمنا نقله عنه قد اعترضه في المسالك ، فقال : واعلم أن العلامة في القواعد ادعى الاجماع على صحة البيع بتقدير ظهور فساد الهبة ، وعطف عليه حكـم ما لو باع مال مورثه ، والاجماع ممنوع ، مع أنه في كتاب البيع من الكتاب المذكور نقل الخلاف فيمن باع مال مورثه فبان موته ، وان استوجه الصحة ، انتهى .

أقول : من الجائز الممكن حصول الاجماع في مسئلة بيع ما ظهر فساد هبته مع الخلاف في المسئلة المعطوفة عليها ، بأن يكون عطفه عليها بناءً على ما يختاره فيها ، لا بمعنى أنها مجمع عليها مثل الأولى ، والمسئلة الأولى لم يظهر فيها منازع سواه (قدس سره) فيما أعلم ، وهو لا ينافي دعوى الاجماع قبله ، فانه مع مناقشته بما قدمنا ذكره عنه لـم يذكر مخالفاً سواه ، ولم يشر الى خلاف في المسئلة بالكلّية كما هي عادته غالباً .

اذا عرفت ذلك فأعلم أنهم قد ألحقوا بالمسئلة المتقدمة فرعاً آخر أيضاً ، وهو أنه لو أوصى برقبة معتقة وظهر فساد العتـق ، فان الوصية تكون صحيحة ، لمصادفتها للملك بحسب الواقع من حيث فساد العتق ، وان كانت باطلة بالنظر الى الظاهر من حيث العتق الموجب للخروج عن الملك ، فالوصية لـم تصادف الملك بحسب الظاهر ، فتبطل ، إلا أنه لما كان المدار انما هو على مصادفة الواقع ، والحال أنه لا عتق في الواقع كانت صحيحة .

قال في المسالك بعد ذكر نحو ما ذكرناه من الحكم بالصحة وبيان الوجه في ذلك : ويشكل بما مر ، ويزيد هنا أنه على تقدير كونه معتقاً ظاهراً ولم يتبين له حال الوصية فساد العتـق أنه لا يكون قاصداً الى الوصية الشرعية ، بل بمنزلة الهاذل والعابث بالنظر الى ظاهر حاله ، فلا ينفعه ظهور ملكه بعد ذلك في نفـس الأمر ، بخلاف من باع غيره فانه قاصد إلى بيع صحيح شرعي ، غايته أنه جائز من قبل المالك ، لكنه لازم من قبل المشتري فهو عقد شرعي مقصود اليه ، وان لـم يقصد الى لزومه مطلقا ، بخلاف الوصية بالعتق ظاهراً ، فانها بحسب الظاهر باطلة

ولايتوجه قصده الى وصية شرعية أصلا ، لعدم علمه بها ، فالقول هنا بتوقفها على تجديد لفظ يدل على امضائها متعين ، وهو في الحقيقة في قوة وصية جديدة ، اذلا تنحصر في لفظ مخصوص ، بل كل لفظ يدل عليها كما سيأتي كاف وهذامنه ، انتهى .

أقول : لاريب انه بالنظر الى الظاهر فالأمر كما ذكره من أنه بحسب الظاهر حيث لم يتبين له فساد العتق ، ثم لووصى والحال هذه ، فانه في معنى الهاذل أو العابث ، ولكن بالنظر الى الواقع حيث ان العتق فاسد في نفس الأمر وانه مالك فانه لامانع من الصحة ، لما قدمنا ذكره من أن مطابقة الواقع وان لم يتعلق به قصد بل ربما تعلق القصد بغيره كما عرفت من الأمثلة المتقدمة كاف في الصحة .

وما ذكره في الفرق بين بيع المذكور في الصورة الأولى والوصية من أنه في البيع قاصد الى بيع صحيح الى آخره ، ففيه أن جميع ماوصفه به ونوه به ، كله مراعى باجازة المالك ، وأنه مع عدمها يكون العقد باطلاً بلاخلاف ، والعقد المزبور قد وقع بعد موت المالك واقعاً كما تقدم ، فالاجازة فيه متعذرة ، فتحتم أن يكون باطلاً ، نعم لما اتفق واقعاً كونه ملكاً للبايع صح العقد بالنظر الى ذلك .

وبالجملة فان هذا العقد بالنظر الى ظاهر الأمر وتصرف الوارث في مال مورثة بالبيع بناء على حياته قدظهر كونه باطلاً بعدم لحوق الاجازة له ، لكن لما اتفق انتقال ذلك الى الوارث واقعاً وصار ملكاً له وان لم يعلم به فقد صادف العقد ما يوجب صحته ، وان كان غيرمقصود بل المقصود غيره كما عرفت في الصور المتقدمة ، وبعين هذا يقال في الوصية : فانه لما أوصى بشيء لايملكه ظاهراً ، فانها بحسب الظاهر باطلة لكن لما صادف في الواقع ما يوجب الصحة ، وهوملكه للعبد لبطلان العتق حكم بصحتها بالتقريب المتقدم في أمثالها .

وبالجملة فالظاهر هو القول المشهور ، ومناقشاته (قدس سره) في جميع هذه المواضع لاتخلو من القصور ، والله العالم .

المسئلة الثانية : قدصرحوا بأنه اذا تراخى القبض عن العقد ثم أقبض حكم بانتقال الملك من حين القبض لامن حين العقد ، وليس كذلك الوصية . فانه يحكم بانتقالها بالموت مع القبول ، وان تأخر القبض .

أقول : قد تقدم ذكر الخلاف سابقاً في أن القبض هل هو شرط في اللزوم أو الصحة ، وأن المشهور بين المتأخرين هو الثاني ، والظاهر أن هذا الكلام مبني على هذا القول ، فان مقتضاه أن الملك لايحصل إلا بعد القبض ، لكون العقد قبل القبض غير صحيح ، فلا يوجب الملك وأمّا على مذهب من قال : انه شرط في اللزوم فان العقد قبل القبض عنده صحيح ناقل للملك ، إلا أنه لايلزم إلا بالقبض ، إلا أن هذا القول كما تقدم ذكره ، لايخلو من الاشكال لما عرفت ثمة .

وبالجملة على تقدير القول بشرطيته في الصحة ، إنما يحصل الانتقال الى ملك المتهب بالقبض ، فيكون القبض ناقلاً الملك لاكاشفاً عن انتقاله بالعقد ، كما هو مقتضى القول باللزوم ، وتظهر الفائدة في مواضع ، منها النماء المتخلل بين العقد والقبض ، وأمّا الوصية فانها تنتقل الى الموصى اليه بالقبول ، وموت الموصي ولايشترط فيها القبض كما سيأتي تحقيقه في محله ان شاء الله تعالى ، وهذا هو الموافق لقواعد العقود ، الا أن الهبة خرجت عندهم بدليل خاص كما تقدم .

هذا والمفهوم من كلام بعضهم هو جواز تراخي القبض عن العقد ، والوجه فيه أصالة عدم الفورية لعدم الدليل عليها ، وفي القواعد استشكل في صورة تراخيه .

قال في المسالك : والاشكال مبني على القول بأن القبض شرط لصحة الهبة ، لاللزومها ، فيكون جزءً من السبب المصحح لها كالقبول ، واعتبرت فوريته كما اعتبرت فورية القبول ، وفيه أن الجزئية لاتقتضي الفورية أيضاً ، إذ لاامتناع في تراخي بعض أجزاء السبب عن بعض ، واعتبار الفورية في القبول جاء من دليل من خارج عند من اعتبرها ، نظراً منه الى أن جواب الايجاب يعتبر فيه مايعد معه

جواباً ، ومع ذلك ففيه ما فيه كما لايخفى ، انتهى .

المسئلة الثالثة : لوأقر بالهبة وأنكر الاقباض كان القول قوله ، لأنه منكر والأصل عدم الاقباض ، فان ادعى عليه من أقر له بالهبة الاقباض ، لزمته اليمين في انكاره الاقباض ، وانما كانت اليمين لازمة له في هذه الصورة دون الأولى ، بل يقبل قوله هناك بغير يمين ، لأن اليمين انما تكون لانكار ما يدعيه المدعى ، فاذا لم يدع عليه الاقباض لاوجه للزوم اليمين عليه ، وان صدق أنه منكر قبل الدعوى المذكورة ، اذ ليس كل منكر يلزمه اليمين على الاطلاق ، بل لابد من انضمام دعوى ما أنكره المنكر ، وهومما لاخلاف فيه ، ولاشبهة يعتريه ، ولوأقر بالهبة والتمليك فقال : وهبته وملكته ولكن أنكر القبض فاشكال ، ينشأ من بناء الكلام هنا على ماتقدم من الخلاف في أن القبض هل شرط لصحة الهبة ، فلا يحصل الملك بدونه ، أم شرط للزومها فيحصل بدونه ، وان كان ملكا متزلزلاً يجوز رفعه بالفسخ ، وبيان ذلك أن الهبة تحصل بمجرد الايجاب والقبول . والقبض أمر خارج عن ماهيتها ، وانما اعتبر في صحتها أو لزومها ، فاقراره بالهبة وقوله وهبته لايدل على أزيد من وقوع وقوع الهبة بالايجاب والقبول ، وأما القبض فلادلالة له عليه وقوله ثانياً وملكته فان قلنا بأن القبض شرط في الصحة فمقتضى هذا الاقرار أنه أقبضه ، لأن الملك على هذا القول لايحصل إلا بالاقباض ، فيحكم عليه بالاقباض حيث يقول وملكته ، فلامعنى لانكاره الاقباض حينئذ ، هذا ان كان المقر ممن يرى هذا القول اجتهاداً أو تقليداً ، أو ان كان ممن يرى أن القبض شرط في اللزوم ، وأن الملك يحصل بغير القبض ، فيجوز أن يكون اقراره اخباراً عن رأيه ومعتقده ، فلايدل على الاقباض ، وذيل الكلام في المقام واسع ، من اراد الوقوف عليه فليرجع الى مطولات الأصحاب (رضوان الله عليهم) إلا أنه لما كانت المسئلة خالية عن النصوص ، فتطويل الكلام فيها بنحو هذه التعليلات تطويل بغير طائل والله العالم .

المسئلة الرابعة قالوا: اذا رجع الواهب في الهبة حيث يجوز له الرجوع فان وجدها بحالها لم تتغير، فلا اشكال، وان وجدها متغيرة معيبة لم يرجع بالأرش لأنه حدث في عين مملوكة للمتهب وقد سلطه مالكها على اتلافها مجاناً فلا يكون مضمونة عليه، سواء كان العيب بفعله أم لا، وان وجدها زائدة زيادة متصلة كالسمن والتعلم فهي للواهب، لأنها تابعة للعين، بل داخلة في مسماها أو جزء لها لغة وعرفاً، فالرجوع في العين يستتبعها،

وان وجدها زائدة زيادة منفصلة حساً وشرعاً كالولد الناتج واللبن المحلوب والثمرة المقطوعة والكسب فهي للمتهب، لأنها نماء حدث في ملكه، فيختص به وان كانت الزياده منفصلة حساً كالحمل المتجدد بعد القبض، واللبن كذلك قبل أن يحلب والثمرة قبل قطافها، فكذلك على المشهور، لعين ماتقدم.

قال ابن حمزة: له الرجوع في الأم والحمل المتجدد، بناء على انه كالجزء من الأم، ومثله الصوف والشعر المنجز، ولو لم يبلغ أوان جزه، فان الأشهر تبعيته للعين، هذا كله اذا كانت الزيادة قد حدثت بعد ملك المتهب للعين، وذلك بعد العقد والقبض، وأمّا لو حدثت قبله فهي كالموجودة قبل الهبة، فيرجع فيها كما يرجع في العين.

أقول، قد تقدم الكلام في هذه المسئلة.

كتاب السبق والرماية

السبق بسكون الباء مصدر سبق ، وفي الصحاح مصدر سابق ، قال في المسالك: وكلاهما صحيح ، إلا أن الثاني أوفق بالمطلوب هنا ، لأن الواقع في معاملته بين كون العمل بين اثنين فصاعداً فباب المفاعلة به أولى ، والسبق بالتحريك ما يبذل للسابق عوض سبقه ، ويقال له الخطر بالخاء المعجمة والطاء المهملة المفتوحتين .

قال في كتاب المصباح المنير : «والسبق بفتحتين الخطر» ، وهو ما يتراهن عليه المتسابقان ، وسبقته بالتشديد ، أخذت منه السبق ، وسبقته أعطيته اياه ، قال الأزهرى: وهذا من الأضداد ، انتهى .

قالوا : وفائدته بعث النفس على الاستعداد للقتال والهداية لممارسة النضال، لكونه من أهم الفوائد الدينية في الجهاد للأعداء الذى هو معظم اركان الاسلام ، وبهذه الفائدة خرج عن اللهو واللعب المنهي عنهما ، وعن المعاملة عليهما ، وأنا أذكر أولاً ماوقفت عليه من الأخبار الواردة عنهم عليهم السلام في هذا المقام ثم اشفعه بما ذكره علمائنا الأعلام (رفع الله تعالى درجاتهم في دار المقام) .

الأول ـ مارواه في الكافي عن طلحة بن زيد(١) «عن أبي عبدالله عليه السلام أن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أجرى الخيل التي أضمرت من الحفياء الى مسجد بني زريق وسبقها من ثلاث نخلات فأعطى السابق عذقاً وأعطى المصلّي عذقاً وأعطى الثالث عذقاً» قوله عليه السلام «التي أضمرت» اضمار الخيل بعلفها القوت بعد السمن يقال: ضمر البعير ضموراً ـ من باب قعد ـ : دق وقل لحمه، قيل ـ والضمار بالكسر ـ : الموضع الذي تضمر فيه الخيل، ويكون وقتا للأيام التي تضمر فيها، وتضمر الخيل أن يظاهر عليها بالعلف حتى تسمن، ثم لاتعلف إلا القوت لتخف، وذلك في مدة أربعين يوماً وهذه المدة تسمى الضمار، والموضع الذي تضمر فيه الخيل أيضاً يسمى مضمار وقيل : هي أن تشد عليها سروجها وتجلل بالأجلة حتى تعرق تحتها، فيذهب زهلها ويشتد لحمها، والحفيا بالحاء المهملة ثم الفاء يمد ويقصر، موضع بالمدينة على أميال، وبعضهم يقدم الياء على الفاء كذا في النهاية، وبنوا زريق بتقديم الزاء حي من الأنصار، قوله «وسبقها من ثلاث نخلات» هو ما تقدم بفتحتين، وهو الخطر الذي يقع الراهن عليه، والعذق بفتح العين المهملة وسكون الذال المعجمة النخلة بحملها.

الثاني ـ مارواه في الكافي ايضاً عن غياث بن ابراهيم(٢) «عن أبي عبدالله عليه السلام عن أبيه عن علي بن الحسين عليه السلام أن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلّم) أجرى الخيل وجعل سبقها أواقي من فضة» والأواقي بتشديد الياء وتخفيفها جمع أوقية، وهي أربعون درهماً، ويقال : أيضاً لسبعة مثاقيل .

الثالث ـ مارواه في الفقيه مرسلاً (٣) «قال : قد سابق رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلّم) أسامة بن زيد وأجرى الخيل» فروي أن ناقة النبي (صلّى الله عليه وآله وسلّم) سبقت، فقال عليه السلام : انها بغت وقالت: فوقي رسول الله (صلّى الله عليه

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨ ح ٥، الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٠ ح ١ .
(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٩ ح ٧، الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٠ ح ٢ .
(٣) الفقيه ج ٤ ص ٤٢ ح ١٣٧، الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٧ ح ٦ .

وآله وسلّم) وحق على الله أن لا يبغي شيء على شيء إلا أذله الله ، ولو أن جبلاً بغى على جبل لهد الله الباغي منهما » .

الرابع ـ مارواه في الكافي عن أبي بصير (١) « عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ليس شيء تحضره الملائكة إلا الرهان وملاعبة الرجل بأهله » .

قيل المراد بالشيء الأمر المباح الذي فيه تفريح ولذة ، والرهان المسابقة على الخيل ، ونحوها كما يدل عليه الخبر الآتي .

الخامس ـ مارواه في الفقيه مرسلاً (٢) قال : قال الصادق عليه السلام ان الملائكة لتنفر عن الرهان وتلعن صاحبه ماخلا الحافر والخف والريش والنصل فانه يحضره الملائكة وقد سابق رسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلّم) أسامة بن زيد وأجرى الخيل .

السادس ـ مارواه في التهذيب عن العلا بن سيابه (٣) « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شهادة من لعب بالحمام؟ قال : لا بأس اذا لم يعرف بفسق ، ثم قال : وبهذا الاسناد قال : سمعته يقول : لا بأس بشهادة الذي يلعب بالحمام ، ولا بأس بشهادة صاحب السباق المراهن عليه ، فان رسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلّم) قد أجرى الخيل وسابق ، وكان يقول : ان الملائكة تحضر الرهان في الخف والحافر والريش وما عدا ذلك قمار حرام» .

السابع ـ مارواه في الفقيه عن العلاء بن سيابه (٤) «قال : سألت أبي عبدالله عليه السلام عن شهادة من يلعب بالحمام؟ قال : لا بأس اذا كان لا يعرف بفسق ، قلت : فان من قبلنا يقولون قال عمر : هو شيطان ، فقال : سبحان الله أما علمت أن رسول الله

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٩ ح ١٠ .
(٢) الفقيه ج ٤ ص ٤٢ ح ١٣٦ .
وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٤٧ ح ٦ و ١ .
(٣) التهذيب ج ٦ ص ٢٨٤ ح ٧٨٥ .
(٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٠ ح ٢٣ .
وهما في الوسائل ج ١٨ ص ٣٠٥ ح ٢ و ٣ .

(صلى الله عليه وآله وسلّم) قال : ان الملائكة لتنفر عند الرهان ، وتلعن صاحبه ما خلا الحافر والخف والريش والنصل فانها تحضره ، وقد سابق رسول الله أسامة بن زيد وأجرى الخيل » .

الثامن ـ مارواه في التهذيب عن عبدالله بن عبدالرحمن (١) عن ابي الحسن عليه السلام «قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) : اركبوا وارموا وان ترموا أحب الي من أن تركبوا ثم قال : كل لهو المؤمن باطل ، إلا ثلاثة : في تأديبه الفرس ، ورميه عن قوسه ، وملاعبته امرأته ، فانهن حق ، إلا ان الله تعالى ليدخل بالسهم الواحد الثلاثة الجنة : عامل الخشبة ، والمقوي به في سبيل الله ، والرامي به في سبيل الله».

التاسع ـ مارواه في الكافي عن طلحة بن زيد (٢) «عن أبي عبدالله عن آبائه عليهم السلام قال : الرمي سهم من سهام الاسلام » .

العاشر ـ ما رواه فيه أيضاً عن حفص بن البختري (٣) في الحسن « عن أبي عبدالله عليه السلام أنه كان يحضر الرمي والرهانة » .

الحادي عشر ـ مارواه فيه أيضاً بهذا الاسناد (٤) « عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : لاسبق إلا في الخف أو حافر أو نصل يعني النضال » والمراد بالنضال بالضاد المعجمة المرماة ، والسبق يحتمل أن يكون بالتسكين مصدراً فيفيد الخبر المنع من الرهان في غير الثلاثة المذكورة ، ويحتمل أن يكون بالتحريك بمعنى الخطر فيفيد الخبر المنع من الأخذ والاعطاء في غيرها ، دون أصل المسابقة .

الثاني عشر ـ ما رواه في الكافي عن طلحة بن زيد (٥) عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : أغار المشركون على سرح المدينه فنادى فيها منادياً ياسوء صباحاه ،

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٠ ح ١٣ ، التهذيب ج ٦ ص ١٧٥ ح ٣٤٨ .
(٢) و (٣) الكافي ج ٥ ص ٤٩ ح ١١ و ص ٥٠ ح ١٥ .
(٤) و (٥) الكافي ج ٥ ص ٥٠ ح ١٤ و ١٦ .
وهذه الروايات في الوسائل ج ١٤ ص ٨٣ ح ٢ و ج ١٣ ص ٣٤٨ الباب ٢ ح ٢ و ٤ و ص ٣٤٨ ح ١ و ص ٣٤٦ ح ٢ .

فسمعها رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) في الخيل فركب فرسه في طلب العدو وكان أول أصحابه لحقه أبو قتادة على فرس له ، وكان تحت رسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلم) سرج دفتاه ليف ، ليس فيه أشر ولا بطر ، فطلب العدو فلم يلق أحداً وتتابعت الخيل ، فقال : أبو قتاده يارسول الله إن العدو قد انصرف ، فان رأيت أن نستبق ؟ فقال : نعم فاستبقوا فخرج رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) سابقاً، ثم أقبل عليهم فقال : أنا ابن العواتك من قريش ، انه لهو الجواد البحر ، يعني فرسه» والمراد بالسرح هو المال السائم ، قوله (صلّى الله عليه وآله وسلّم) «أنا ابن العواتك» هو جمع عاتكة وهي المرأة المجمرة بالطيب ، وكان هذا الاسم لثلاث نسوة من أمهاته (صلّى الله عليه وآله وسلّم) احداهن عاتكة بنت هلال أم عبد مناف بن قصي ، والثانية عاتكة بنت مرة بن هلال أم هاشم بن عبد مناف ، والثالثة عاتكة بنت الأوقص بن مرة بن هلال أم وهب أبي آمنة أم النبي (صلّى الله عليه وآله وسلّم) فالأولى من العواتك عمة الثانية ، والثانية عمة الثالثة ، قيل : وبنوا سليم كانوا يفتخرون بهذه الولادة ، وقيل العواتك في جدات النبي (صلّى الله عليه وآله وسلّم) تسع ثلاث من بني سليم ، وهنّ المذكورات ، والبواقي من غيرهم .

الثالث عشر ـ مارواه الحميري في قرب الاسناد عن الحسين بن علوان (١) «عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن رسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلّم) سابق بين الخيل وأعطى السوابق من عنده» .

الرابع عشر ـ مارواه في الكتاب المذكور عن أبي البختري (٢) «عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن الحسين عليهم السلام أن رسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلّم) أجرى الخيل وجعل لها سبع أواقي من فضة ، وأن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) أجرى الابل مقبلة من تبوك فسبقت الغضباء وعليها أسامة ، فجعل الناس يقولون:

(١) و (٢) قرب الاسناد ص ٤٢ و ٦٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٠ ح ٣ و ص ٣٥١ ح ٤ .

سبق رسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلّم)، ورسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلّم) يقول: سبق أسامة» هذا ما حضرني من الأخبار.

والكلام فيما ذكره الأصحاب (رحمة الله عليهم) فهو يقع في موارد:

الاول: لاخلاف بين أصحابنا (رضوان الله عليهم) وغيرهم في ثبوت المسابقة والمرامات وشرعية الجعل عليها.

قال في التذكرة: جواز هذا العقد بالنص والاجماع، ولاخلاف بين الأمة في جوازه، وان اختلفوا في تفصيله، وفي المسالك: لاخلاف بين جميع المسلمين في شرعية هذا العقد، وفائدته من أهم الفوائد الدينية، لما يحصل بها من غلبة العدو في جهاد أعداء الله تعالى الذي هو أعظم أركان الاسلام.

وانما الخلاف عندهم وعند غيرهم أيضاً في لزوم هذا العقد وجوازه، فذهب جماعة منهم ابن ادريس بل الظاهر أنه أولهم والمحقق الى الأول، وذهب الشيخ والعلامة في المختلف وغيرهما الى الثاني، وأنه من العقود الجائزة كالجعالة، لا اللازمة كالاجارة احتج الأولون بقوله (١) «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» (٢).

اجاب في المختلف عن الآية حيث اقتصر على الاستدلال لهم بها، بأنا نقول بالموجب فان الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه، فان كان لازماً كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل اللزوم، وان كان جائزاً كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل الجواز، قال: أيضاً ليس المراد مطلق العقود، وإلا لوجب الوفاء بالوديعة والعارية وغيرهما من العقود الجائزة، وهو باطل بالاجماع، فلم يبق إلا العقود اللازمة، والبحث وقع فيه، انتهى.

وأمّا حديث المشروط فيمكن الجواب عنه بما تقدم في الجواب عن الآية، من أنه أعم من اللزوم وعدمه، بمعنى أنه مأمور بالوفاء بالشرط، أعم من أن

(١) سورة المائدة ــ الآية ١.
(٢) الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤.

يكون أمراً ايجابياً أو استحبابيا .

نعم يكون لازماً اذا وقع في عقد لازم ، وأورد علي ما أجاب به في المختلف بأن الأمر بالعقود عام في جانب المأمور والمأمور به ، فيشمل بعمومه سائر العقود ثم تخصيصه ببعضها ، واخراج العقود الجائزه ، يبقى العموم حجة في الباقي ، كما هو محقق في الأصول .

وأمّا قوله ان الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من لزوم وجواز ، فهو خلاف الظاهر منه ، فان مقتضى الوفاء بالشيء التزامه والعمل بمقتضاه مطلقا ، انتهى وهو جيد .

وهكذا يقال : بالنسبة الى حديث الشرط فان الأمر بالوفاء بالشرط يقتضي وجوب الوفاء ، لأن الأصل في الأمر الوجوب ، واشتراكه من الوجوب والاستحباب لا يثمر نفعاً ، فان العمل على مايقتضيه الأصل حتى يقوم دليل على خلافه قال في المسالك ومنشأ هذا الخلاف انها عقد يتضمن عوضاً على عمل ، وهو مشترك بين الاجارة والجعالة ثم انها مشتملة على اشتراط العمل في العوض ، وكونه معلوماً وهو من خواص الاجارة وعلى جواز ابهام العامل في السبق ، وعلى ما لا يعلم حصوله من العامل ، وعلى جواز بذل الأجنبي ، وهو من خواص الجعالة فوقع الاختلاف بسبب ذلك ، فعلى القول بأنها جعالة يلحقها أحكامها من الاكتفاء بالايجاب تكون جائزة ، وعلى القول بالاجارة يفتقر معه الى القبول وتكون لازمة ، ويمكن أن يجعل عقداً برأسه ، نظراً الى تخلف بعض خواصها عن كل من الأمرين على حديه ، كما عرفت ، ويقال حينئذ بلزومها لعموم الآية ، وهذا أجود ، اللهم إلا أن يناقش في أن الجعالة ليست عقداً فلا يتناول الآية لها ولنظائرها ، ويرجع الى أصالة عدم اللزوم حيث يقع الشك في كون المسابقة عقداً أم لا ؟ انتهى .

أقول : لا يخفى على من راجع الأخبار التي قدمناها وهي أخبار المسئلة التي وردت فيها وليس غيرها في الباب ، أنه لادلالة في شيء منها على وقوع عقد

ولاايجاب ولاقبول بالكلية ، وغاية مادلت جملة منها على أن رسول‌الله (صلى الله عليه وآله وسلّم) أجرى الخيل وسابق وأعطى السابق كذا وكذا ، والمفهوم منه هوحل مايؤخذ من المال على‌هذه المعاملة وأمّا كونه على‌جهة اللزوم والوجوب فلا ، إلا إن يقال : بوجوب الوفاء بالشرط ، وأن اعطاء المال لايلزم أن يكون من المسبوق ، فان الظاهر أن اعطاءه (صلى‌الله عليه وآله وسلم) ذلك ليس من حيث كونه مسبوقا ، وانما هو متبرع منه ، لمن حصل له مزية السبق .

وظاهر الأخبار المذكورة بل صريحها أن هذه معاملة برأسها ، وهي من قبيل الرهان ، الا أنه غيرمحظور كسائر أفراد الرهان ، كماينادى به الخبر الرابع والخامس والسادس والسابع والعاشر (١) حيث سمي‌هذه المعاملة فيهارهاناً وأنه رهان حق جائز شرعاً ، يحل ما أخذ عليه قال في القاموس : والمراهنة والرهان : المخاطرة والمسابقة على الخيل ، انتهى وهو ظاهرفي المراد .

وحينئذ فقد اتفقت الأخبار وكلام أهل اللغة على هذه التسمية ، وتجعل معاملة برأسها كما في أفراد الرهان إلا أنها حق ، ومايؤخذ عليها حلال ، وما عداها باطل ، ومايؤخذ عليه حرام .

وأمّا الكلام في لزوم مايجعل خطراً فالظاهر ذلك ، لما عرفت من وجوب الوفاء بالوعد والوفاء بالشروط ، هذا مايفهم من الأخبار المذكورة ، وما أطالوا به في هذا المقام من الاختلاف في كونها اجارة فيتفرع عليها ما يتفرع على‌الاجارة أوجعالة فكذلك ، كله تطويل بغير طائل ، وتحصيل لغير حاصل ، كما لا يخفى على من لاحظ الأخبار المذكورة ، وانما كلامهم هناجرى على مجرى بحث العامة في‌المسئلة ، وهذه التفريعات والاختلافات كلها تبعاً لهم ، كما عرفته في غير مقام مماسبق ، ومن رجع الى الأخبار الواردة في المسئلة عرف صحة ماقلناه ، ووضوح ما فصلناه ، والله العالم .

---

(١) ص ٣٥٥ و ٣٥٦ .

المورد الثاني : قد صرح الأصحاب (رضى الله عنهم) بأنه يقتصر في جواز المسابقة على النصل والخف والحافر وقوفاً على مورد الشرع ، وأنه يدخل تحت النصل السهم والنشاب والحراب والسيف ، وأن الخف يتناول الابل والفيلة اعتباراً باللفظ وأنه لاتجوز المسابقة بالطيور ولاعلى القدم ، ولا بالسفن ولا المصارعة .

أقول : وتحقيق الكلام فيما ذكروه يقع في مقامات : أحدها ـ أن ظاهر قولهم أنه يقتصر على هذه الثلاثة وقوفاً على مورد الشرع هو أن هذه المعاملة على خلاف الأصل ، بمعنى القواعد الشرعية ، لاشتمالها على اللهو واللعب والقمار في بعض الوجوه ، وهذه الأشياء مما نهت منها الشريعة المحمدية ، فالأصل أن لا يصح منها إلا ماورد الشرع بالاذن فيه ، وهو كلام حق ، إلا أنك قد عرفت أن ما قدمناه من الأخبار قد اشتمل على زيادة الريش والمراد به الحمام ، فيجوز المسابقة بها أيضاً ، وعليه يدل الخبر الخامس والسادس والسابع(١) ، فهذه الأخبار الثلاثة كلّها دالّة على جواز المسابقة بالحمام ، والثلاثة التي خصوا الجواز بها لم ترد إلا في الخبر الحادي عشر(٢) خاصة ، والعجب هنا من قول شيخنا الشهيد الثاني في المسالك بعد قول المصنف أنه لايجوز المسابقة بالطيور الى آخر ما قدمنا ذكره، وجه المنع من هذه الأمور الحصر المستفاد من الخبر السابق المقتضي لنفي مشروعية ماعدا الثلاثة ، والنهي عنه الشامل لهذه الأمور وغيرها ، انتهى .

وعلى هذا النهج كلام غيره وظاهرهم الاتفاق على الحصر في الثلاثة المذكورة، وأن غيرها غير منصوص في الأخبار ، وحملهم على عدم الوقوف على شيء من هذه الأخبار ـ من الصدر السابق منهم كالشيخ الذي هو أول من صرح بهذا الحكم الى أن وصلت النوبة الى هؤلاء المتأخرين ـ لايخلو من بعد ، وأبعد منه أنهم يقفون عليها ولايقولون بها ، ولايتعرضون للجواب عنها بوجه من الوجوه .

(١) ص ٣٥٥ .
(٢) ص ٣٥٦ .

وأما ما استدل به من الحصر في الخبر المذكور فيمكن الجمع بينه وبين هذه الأخبار الدالة على جواز المسابقة بها على الحمل على الفرد الضروري منه الذي يعتد به من حيث يحتاج اليه الجهاد، ونحوه، أو يراد باعتبار الغالب، فان الغالب من أفراد المسابقة هو هذه الثلاثة، للعلة المذكورة، وان جاز السبق في غيرها والأخبار المذكورة لا يمكن حملها على التقية، ليتم ما ذكروه، فان ظاهر قوله في الحديث السابع قال عمر: هو الشيطان بعد قوله عليه‌السلام لا بأس باللعب بالحمام الظاهر في ارادة المسابقة بها، يشعر بأن العامة تنكر جواز اللعب والمسابقة بها ولهذا استدل عليه‌السلام على رد كلامهم بالخبر الذي نقله عن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) الصريح في جواز المسابقة بها، ولم أقف لأحد من أصحابنا حتى من متأخري متأخريهم على الجواب عن هذه الأخبار التي ذكرناها، ولا على قول أحد منهم بها.

وبالجملة فالظاهر هو القول بما دلت عليه الأخبار المذكورة ويؤيده ما اشتملت عليه من عدم منافات ذلك للعدالة وعدم كونه مستوجباً للفسق، فان المراد باللعب بالحمام فيها إما المسابقة، كما هو ظاهر الخبر السابع، أو الأعم، واذا ثبت أن ذلك لا ينافي العدالة وجب الحكم بجوازه، وأنه لا يكون من قبيل اللعب واللهو المنهي عنه المخل بالعدالة، والموجب للفسق اتفاقاً، وهذا بحمد الله سبحانه ظاهر لا سترة عليه، ولا يأتيه الباطل من خلفه ولا من بين يديه، ومما يدل على ما قلنا ما رواه زيد النرسي(١) في كتابه «عن أبي عبد الله عليه‌السلام قال: سمعته يقول اياكم والرهان، إلا رهان الخف والحافر والريش فانه يحضره الملائكة».

وثانيها ـ أن ما ذكر من أنه يدخل تحت النصل الأربعة المعدودة، ففيه أن ظاهر الصحاح هو اتحاد السهام والنشاب، حيث قال: النشاب السهام، وحينئذ فالعطف هنا يصير من قبيل عطف المرادف.

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥١٦ الباب ٣ ح ١.

وظاهر كلام الشيخ أن هذه التسمية بهذين الاسمين مع كون المسمى واحداً إنما هو باعتبار اللغات ، فيقال : للنصل نشابة عند العجم ، وسهم عند العرب ، وحينئذ فيكون العقد دائماً هو بهذا الاعتبار ، وزاد الشيخ المرازيق قال وهي الرد بنيات والرماح والسيوف .

قال في المسالك : اعلم أن حصر النصل فيما ذكر هو المعروف لغةً وعرفاً ، فلا يدخل فيه مطلق المحدد كالدبوس وعصى المدافق ، اذا جعل في رأسها حديدة ونحو ذلك عملاً بالأصل السابق ، قال في الصحاح : النصل نصل السهم والسيف والسكين والرمح ، ويحتمل الجواز بالمحدد المذكور ، اما بادعاء دخولها في النصل أو لافادتها فائدة النصل في الحرب ، وقد كان بعض مشايخنا المعتمدين يجعل وضع الحديدة في عصى المدافق حيلة على جواز الفعل ، نظراً الى دخوله بذلك في النصل ، انتهى .

وثالثها ـ أنه لاخلاف بين أصحابنا (رضوان الله عليهم) فيما ذكر من دخول الابل والفيلة تحت الخف ، والفرس والبغل والحمار تحت الحافر ، وانما نقل الخلاف عن بعض العامة في الفيل ؟ قال : لأنه لم يحصل به الكر والفر فلا معنى للمسابقة عليها ، ورد بعموم الخبر ، وكذا نقل الخلاف عن بعضهم في جواز المسابقة على البغل والحمار ، قال : لأنهما لا تقاتل عليهما غالباً ، ولا يصلحان للكر والفر ، ورد أيضاً بما رد به سابقه .

أقول : لا يخفى أنه بالنظر الى ما قدمنا نقله عنهم ، من أن فائدة هذا العقد وتعلم السبق والرماية هو الممارسة لذلك ، لأجل جهاد أعداء الدين ، فان قول هذين القائلين من العامة هنا لا يخلو من قرب ، فان الجهاد لا يقع على هذه المذكورات لا سابقاً ولا لاحقاً ، ويؤيده أن الاطلاق في الأخبار انما يحمل على الأفراد الشايعة المتكثرة الوقوع ، دون الشاذة النادرة الوقوع ، فضلاً عن غير الواقعة بالكلية ، ولهذا ان أمير المؤمنين عليه السلام كان يركب في الحرب بغلة رسول الله

(صلى الله عليه وآله وسلم) فعوتب على ذلك ، فقال : اني لاأفرعن من أقبل ، ولا أتبع من أدبر ، والبغلة يكفني ، وهوظاهر فيما قلناه من أنها لاتصلح للجهاد عليها، ويؤكده أن الأخبار المتقدمة وهي أخبار المسئلة كملا لايشمل على غير الخيل ، والنوق من ذوات الحافروالخف ، وليس فيها تعرض ولااشارة لمثل الفيل والبغال والحمير بالكلّية .

وبالجملة فانه لولا الاتفاق على الحكم المذكور لكان القول بما ذكره هؤلاء قويا ، فان الأخبار اذا ضم مطلقها الىمقيدها علم منه حمل الحافر على الخيل خاصة ، والخف على البعيرخاصة . وهكذا القول في البغل أيضاً ، فان ما ذكروه من تعدية الحكم الى مايصدق عليه النصل من تلك المعاني ، مع كون الوارد فيالأخبار المتقدمة انّما هوالسهام والنشاب التي ترمىعن القوس بعيدغاية البعد ، ويؤيد ماقلناه تفسيره فيالخبرالحادى عشرالذي هومستندهم فيالحصر في الثلاثة النصل بالنضال وهي المراماة بالسهام كما تقدم ذكره ، وحينئذ فلوقيل بالتخصيص بذلك لكان في غاية الجودة .

ورابعها ـ ما ذكر من أنه لا يجوز المسابقة بغير ما تقدم من الطيور الى آخره .

أقول : أمّا الكلام في الطيور موضع وفاق عندنا ، وفيه تأييد لماقدمنا ذكره من عدم المسابقة علىالفيلة والبغال والحمير ، لأنها ليست ممايقع الحرب عليها ، كما قدمنا ذكره .

وأمّا السبق على القدم فقد روىالعامة عنعايشة أنه(صلىالله عليه وآله وسلم) سابقها بالقدم مرتين ، سبق في أحديهما وسبق في الأخرى ، ورواه ابن الجنيد في كتابه الأحمدي واستدل به على جوازها بغير عوض ، حيث لم يذكر العوض ، ورووا عنه(١) (صلىالله عليه وآله وسلّم) أنه صارع ثلاث مرات في كل مرة على

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥١٧ الباب ٤ ح ٢ بتفاوت .

شاة، فصرع خصمه في الثلاث وأخذ ثلاث شياة، ولم يثبت شيء من ذلك في أخبارنا ولم يقل به إلا ابن الجنيد من أصحابنا قالوا والخبر السابق المتفق عليه يدفعه، وأشاروا به الى الخبر الحادى عشر (١) وهو خبر الحصر في الثلاثة، ثم انهم اختلفوا في جواز هذه الأمور لوخلت من العوض، فقيل بجوازها لأصالة الجواز، وأنها قد يراد بها غرض صحيح، وقيل: بالعدم لعموم النفي السابق الشامل للعوض وعدمه.

والذي وقفت عليه في هذا المقام من الأخبار ما رواه الصدوق في الأمالى عن ابن المتوكل عن السعدآبادى عن البرقي عن أبيه عن فضالة عن زيد الشحام (٢) « عن الصادق عن آبائه عليهم السلام قال: دخل النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) ذات ليلة بيت فاطمة عليها السلام ومعه الحسن والحسين عليهما السلام فقال له النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) قوما فاصطرعا فقاما ليصطرعا وقد خرجت فاطمة عليها السلام في بعض حاجاتها فدخلت فسمعت النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) وهو يقول: أيه يا حسن شد على الحسين، فأصرعه، فقالت يا أبه واعجباه اتشجع الكبير على الصغير؟ فقال: يا بنية أما ترضين أن أقول أنا يا حسن شد على الحسين، فأصرعه وهذا حبيبى جبرئيل عليه السلام يقول: ياحسين شد على الحسن فأصرعه ».

وما رواه علي بن جعفر (٣) في كتاب المسائل عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن المحرم هل يصلح أن يصارع؟ قال: لا يصلح مخافة أن يصيبه جرح أو يقع بعض شعره.

وماوراه في كتاب بشارة المصطفى لشيعة المرتضى للشيخ الفقيه محمد بن أبى القاسم علي الطبرى بسنده فيه عن أبي رافع (٤) قال: كنت ألاعب الحسن

(١) ص ٣٥٦
(٢) المستدرك ج ٢ ص ٥١٧ الباب ٤ ح ١.
(٣) الكافى ج ٤ ص ٣٦٧ ح ١٠، الوسائل ج ٩ ص ١٨٠ الباب ٩٤ ح ٢.
(٤) المستدرك ج ٢ ص ٥١٧ الباب ٤ ح ٣.

بن علي (صلوات الله عليهما) وهو صبي بالمداحى (١) فاذا أصابت مدحاتي مدحاته قلت : أحملني فيقول : ويحك اتركب ظهراً حمله رسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلّم) فأتركه فأذا أصاب مدحاته مداحتي ، قلت له : لاأحملك كما لم تحملني فقال : أماترضى أن تحمل بدناً حمله رسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلّم) فأحمله ».

وهذه الأخبار كما ترى ظاهرة في الجواز فيما اختلفوا فيه ، ولم أقف فيما حضرني من كتب اللغة على المعنى المراد من المدحاة هنا ، وبعض الأصحاب قد فرع الكلام على لفظ السبق في الخبر الحادى عشر ، فان قرىء بفتح الباء وهو المشهور في الرواية على مانقله في المسالك فانه يفيد عدم مشروعية العوض إلا في الثلاثة المذكورة ، ولاتعرض في الخبر حينئذ لماعدا صورة الخطر والعوض ، فيبقى على أصالة الجواز ، وان قرىء بالسكون على أن يكون مصدراً فانه يفيد نفي المصدر مطلقا ، فيدل على المنع عدا المستثنى مطلقا .

وأنت خبير ، بانه باعتبار تعارض الاحتمالين المذكورين لايمكن الاستدلال بالخبر على المنع ، فتبقى أصالة الجواز خالية من المعارض ، وتخرج الأخبار المذكورة شاهداً على ذلك ، مضافاً الى ما ذكر من الفوائد المترتبة عليها .

المورد الثالث : في أسماء خيل الحلبة وأسماء السهام ومايتبع ذلك ويلحق به ، والكلام هنا يقع في مواضع ايضاً :

الأول ـ ينبغى أن يعلم ان الحلبة وزان سجدة هي الخيل تجمع للسباق وقد جرت عادتهم بتسمية غيره من خيل الحلبة ، وليس لمابعد العاشر منها اسم ، إلا أن الذي يجيء في آخر الخيل كلها يسمى الفسكل .

فأول العشرة ، المجلى بالجيم وهو السابق أولاً قيل سمي بذلك لأنه جلّى عن

---

(١) النهاية الاثيرية ج ٢ ص ١٠٦ ومنه حديث أبى رافع « كنت الاعب الحسن والحسين (عليهما السلام) بالمداحى وهى أحجار أمثال القرصة ، كانوا يحفرون حفيرة ويدحون فيها بتلك الاحجار ، فان وقع الحجر فيها قد غلب صاحبها ، وان لم يقع غلب ، والدحو : رمى اللاعب بالحجر والجوز وغيره .

نفسه أي أظهره أو جلىهمه حيث سبق ، والمشهور أن السبق يحصل بالتقدم بعنق دابته ، و كتدها يفتح التاء المثناة من فوق و كسرها ، وهي العالي بين أصل العنق والظهر ، ويعبر عنه بالكاهل ، وقال في الروضة : والكتد بفتح الفوقانية أشهر من كسرها مجمع الكتفين بين أصل العنق والظهر ، نقل عن ابن الجنيد أنه يكتفى في التقدم بالاذن لقوله (١) (صلّى الله عليه و آله وسلّم) « بعثت والساعة كفرسي رهان » كاد أحدهما أن يسبق الآخر بأذنه ، وأجيب مع تسليم ثبوت الخبر بالحمل على المبالغة ، وأن ذلك خرج مخرج ضرب المثل على حدقوله من بنى مسجداً ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتاً في الجنة ، (٢) مع امتناع مسجد كذلك .

ثم المصلي ، وسمى بذلك لأنه يحاذى برأسه صلوى المسابق ، والصلوان عبارة عن العظمين النابتين عن يمين الذنب وشماله .

ثم الثالث ، ووجه التسمية فيه ظاهر ، ثم البارع لأنه برع المتأخر عنه ، أي فاقه ، ثم المرتاح ، وهو الخامس قيل : سمي به لأن الارتاح النشاط ، فكانه نشط فلحق بالسوابق ، ثم الخطى وهو السادس لانه خطى عند صاحبه حتى لحق السوابق أي صار ذا خطوة عنده الى نصيب أو في مال الرهان ، ثم العاطف وهو السابع ، لأنه عطف الى السوابق أي مال اليها ، و كر عليها ليلحقها ، ثم المؤمل وهو الثامن لأنه يؤمل اللحوق بالسوابق ، ثم اللطيم وهو التاسع ، وزان فعيل بمعنى مفعول ، لأنه يلطم اذا أراد الدخول الى الحجرة الجامعة للسوابق ، ثم السكيت مصغرا مخففا ، ويجوز تشديده ، وهو العاشر سمى به لسكوت صاحبه اذا قيل لمن هذا أو لانقطاع العدد ، وقيل : ان السكيت هوا لفسكل وهو آخر فرس يجيء في الرهان .

قالوا : والمحلل وهو الذى يدخل بين المتراهنين ، ولا يبذل معهما عوضاً بل

(١) مسند احمد بن حنبل ج ٥ ص ٣٣١ وفيه مثلى ومثل الساعة كمثل فرسى رهان وفى الجامع الصغير ج ١ ص ١٢٦ « بعثت أنا والساعة كهاتين » وما عثرنا على نص الرواية المنقولة فى المتن .

(٢) الوسائل ج ٢ ص ٤٨٦ ح ٢ .

يجرى فرسه بينهما أو على أحد الجانبين على وجه يتناوله العقد، وحكمه أنه ان سبق أخذ العوض المبذول للسابق، وان سبق لم يغرم شيئا، وسمي محللاً لأن العقد لا يحل بدونه عند ابن الجنيد والشافعي، أو يحل به اجماعاً بخلاف ما اذا خلى عنه، فان فيه خلافاً، وسيأتي الكلام فيه، ان شاء الله تعالى.

قالوا: والغاية مدى السباق، ولاريب أن غاية الشيء منتهاه، ومد السباق وان كان المتبادر منه مسافة السباق التي تجرى فيها الخيل إلا أن المراد به لغة وعرفاً انما هو بمعنى الغاية كما ذكروه، فالمراد من مد السباق منتهاه وغايته، لا مسافته، فان في القاموس المدى كالفتى الغاية، وقال في كتاب المصباح المنير: والمدى بفتحتين الغاية، وبلغ مدى البصر: أي منتهاه وغايته.

ثم اعلم أنه قد عنون أكثرهم هذا الكتاب بكتاب السبق والرماية، ومنهم المحقق في الشرايع، وهو ظاهر في اختصاص السبق بالخيل والابل، والرماية بالسهام، مع أنه قال بعد ذلك والمناضلة المسابقة، والمراماة والمناضلة لغة انما هي الرمي، قال الجوهري: ناضله أي راماه، ويقال: ناضلت فلاناً فنضلته، اذا غلبته، وانتضل القوم وتناضلوا أي رموا للسبق.

وقال في كتاب المصباح المنير: « ناضلته مناضلة ونضالاً راميته، فنضلته نضلاً من باب قتل غلبته في الرمي »، وهو ظاهر في تخصيص المناضلة بالرمي، ولهذا قال في المسالك: وأما اطلاق المناضلة على مايشمل المسابقة فليس بمعروف لغة ولاعرفاً، ولعل المصنف ومن تبعه في ذلك تجوزوا في الاطلاق، وبعض الفقهاء عنون الكتاب بالمسابقة والمناضلة، وهو الموافق لما نقلناه عن أهل اللغة، ويشير الى ذلك كلامه في التذكرة حيث قال: والسباق اسم يشمل المسابقة بالخيل حقيقة وعلى المسابقة بالرمي مجازا، ولكل واحد منهما اسم خاص، فيختص الخيل بالرهان ويختص الرمي بالنضال، وهو ظاهر في أن المناضلة حقيقة انما هي بمعنى الرمي.

الثاني ـ اعلم أن الفقهاء من الخاصة والعامة ذكروا في هذا الكتاب جملة

من الاصطلاحات في أسماء السهام ، ومايتعلّق بالرمي وهو مؤيد لماقدمناه من أن المراد بالنصل في الخبر المتقدم إنما هو هذا الفرد ، لامايطلق عليه لغة كما ذكروه .

قالوا : والرشق بفتح الراء الرمي ، و هو مصدر رشقه يرشقه رشقاً ، اذا رماه بالسهام ، وبالكسر عدد مايرمى به من السهام ، يقال : رمى رشقا بكسر الراء أي رمى بسهامه التي يريد رميها كلها .

قال في المصباح المنير : رشقته بالسهم رشقا من باب قتل ، وأرشقته بالألف لغة رميته به ، والرشق بالكسر الوجه من الرمي اذا رمى القوم بأجمعهم جميع السهام وحينئذ يقال : رمى القوم رشقاً ، قال إبن دريد : الرشق السهام نفسها التي ترمى والجمع ارشاق مثل حمل واحمال ، انتهى .

ولو حصل الاتفاق على رمي خمسة خمسة فكل خمسة يقال لها رشق ، ونقل عن بعض أهل اللغة أنه خصه ما بين العشرين و الثلاثين ، ويقال رشق وجه ويد بكسر الراء ، ويراد به الرمي ولاءً حتى يفرغ الرشق ، قال في المسالك : بمعنى أنه مشترك بين العدد الذي يتفقان عليه ، وبين الوجه من الرمي لذلك العدد ، فكما يقال : رموا رشقاً أو عدداً اتفقوا عليه ، كذلك يقال : رموا رشقاً اذا رموا بأجمعهم في جهة واحدة .

قال الجوهري : الرشق الاسم ، وهو الوجه من الرمي ، فاذا رمى القوم بأجمعهم في جهة واحدة قالوا : رمينا رشقاً ، والمراد برشق اليد هذا المعنى أيضا ، واضافته الى اليد ، كاضافته الى الوجه ، فيقال : رشق يد ورشق وجه اذا كانت جهة الرمي واحدة ، ويمكن مع ذلك اضافته اليهما كما يظهر من كلامهم .

الثالث ـ قد ذكر الفقهاء للسهم عند الاصابة للغرض أوصافاً فنقل عن التذكرة أنه ذكر فيها أحد عشر اسماً : وفي التحرير ستة عشر اسماً ، ونقل في المسالك عن كتاب فقه اللغة تسعة عشر اسماً ، وذكر المحقق في الشرايع منها ستة ، لكن ذكر الخمسة الأول جازماً بالتسمية ، وأمّا السادس فنسبه الى القول بذلك

فقال : ويقال المزدلف ، وفي المسالك أنه ذكر ستة أوصاف وأردفها بسابع ، والمذكور انما هو خمسة ، كما سنذكره ان شاء الله تعالى واحداً واحداً وأردفها بسادس .

قال في المسالك : والغرض من ذلك اعتبار صفة في عقد الرماية ، فلايستحق العوض المشروط أن يصيبه بماهو أبلغ منه .

أقول : ومما ذكره المحقق المشار اليه من الأسماء احدها ـ الحابي بالياء اخيراً ، قال في كتاب المصباح : حبا الصبى يحبو حبواً اذا أدرج على بطنه وحبا الشيء دنا ، ومنه حبا السهم الى الغرض وهو الذي يزحف الأرض ثم يصيب الهدف فهو حاب وسهام حواب ، انتهى .

والمراد أنه يقع دون الهدف ثم يحبو الى الغرض فيصيبه ، وقوله زلج على على الأرض أي زلق قال في القاموس الزلج محركة الزلق ويسكن ، وفي الصحاح مكان زلج بسكون اللام وتحريكها أى زلق والزلج الزلق وسهم زالج أي يزلج عن القوس .

وثانيها ـ الخاصر بالخاء المعجمة ثم الصاد المهملة ، وهو الذي يصيب أحد جانبى الغرض ، مأخوذ من الخاصرة ، لأنها في أحد جانبى الانسان ، فهو بأصابته أحد جانبى الغرض كأنه أصابه في الخاصرة ، ولم أقف فيما حضرنى من كتب اللغة على هذه التسمية ، سيما القاموس المحيط بجميع المعانى ، وان كانت موجودة في كتب الفقهاء ، قيل ويسمى أيضاً جابراً ، وقيل : الجابر ما سقط من وراء الهدف ، وقيل : ماوقع في الهدف من أحد جانبي الغرض ، فعلى هذا ان كانت الاصابة مشروطة في الغرض فالجابر مخطيء ، وان كانت مشروطة في الهدف فهو مصيب .

أقول : ولم أقف أيضاً على هذا الاسم أيّ نحو كان من هذه المعاني في القاموس ولا غيره مما حضرني من كتب اللغة .

وثالثها ـ الخازق بالخاء والزاى المعجمتين ، قالوا : وهو مايخدش الغرض ، وظاهره أنه ينقب فيه ، وبذلك صرح في القواعد فقال : الخازق ماخدشه ، ثم

وقع بين يديه ، وفي التحرير أنــه ماخدشه ولم يثقبه ، الا أن كلام أهل اللغة على خلاف ذلك فانهم صرحوا بأنه الذي ينفذفي الغرض ، قال في كتاب المصباح المنير وخزق السهم القرطاس: نفذمنه فهوخازق ، وجمعه خوازق ، والمراد بالقرطاس هنا الغرض ، أعم من أن يكون قرطاساً أوغيره ، مما ستقف عليه انشاءالله تعالى .

وفي النهاية الأثـيرية خزق السهـم ، وخسق : اذا أصاب الرمية ونفذفيها ، وسهم خازق وخاسق .

وظاهر الصحاح والقاموس هومجرد الاصابـة ، وهوأعم الأقوال الثلاثة ، قال في الصحاح في باب السين يسمى الغرض قرطاساً ، يقال : رمى مقرطس اذا أصابه ، وفـي القاموس خزقه يخزقـه طعنه ، والخازق السنان ، ومـن السهام المقرطس ، وقال في الصحاح أيضاً الخازق من السهام المقرطس ، والخاسق لغة في الخازق ، وهو موافق لما تقدم نقله من النهاية من ترادف هذين اللّفظين ، ونقل في المسالك عن الثعالبي في كتاب سر العربية اذا أصاب الهدف فهـو مقرطس ، وخازق ، وخاسـق وصايب وهذا أيضاً أعم من أن يخدشه أم لا ، ويثبت فيه أم لا ، وهوموافق لما تقدم نقله عن الصحاح والقاموس .

ورابعها ـ الخارق بالخاء المعجمة والـراء المهملة ، وهوالذي يخرج مـن الغرض نافذاً وهذا المعنى موافق لما هوالمفهوم من حاق هذا اللفظ عـرفاً ولغة ، لأن الخرق الثقوب والشق ، سـواء نفذ فيه أو سقط منه ، الا أن هذا الاسم غـير موجود في جملة الأسماء المعدودة للسهام في غيرهذا الـكلام ، كما اعترف بـه في المسالك حيث قال بعد ذكر المصنف له وكلام في البـين : لكنه ليس من أسمائـه لغة ولم يذكره أحد من أصحاب الكتب الأربعة اللغوية السابقة ، ولاغيرهم ممن وقفت على كلامـه ، وفي بعض نسـخ الكتاب المارق بالميم بدل الخارق ، وهـو الصواب الموافق لكلام أهل اللغة لقباً وتعـريفاً وفي التحرير جعل الخارق بمعنى الخاسق ، وقـد تقدم وجعل الخازق بالزاى المعجمة مغايـراً له كما مـر خلاف ما

ذكره أهل اللغة ، ولو حمل في كلامه الخارق بالراء المهملة على الخازق بالزاء المعجمة ليكون مرادفاً للخاسق كان موافقاً لكلام أهل اللغة ، لكن ذكره بعد، ذلك الخازق وتعريفه بأنه ماخدشه ولم يثقبه ، يوجب تعيين كونه بالزاء المعجمة لا الراء اذلم يحصل فيما ذكره خرق ، والذي يظهر أنه وقع في التحرير ضرب من التصحيف والسهو عن تحرير كلام أهل اللغة ، لأن جعله الخازق مرادفاً للخاسق موافق لكلام أهل اللغة ، لكن بشرط كونه بالزاء المعجمة ، ثم لما ذكر الخازق بعد ذلك كان حقه أن يكون بالمهملة فعرفه بما ينافي ذلك ، ويوافق تعريف المصنف في الخازق بالمعجمة ، فوقع الاضطراب ، وفي التذكرة جعل الخارق ما أثر فيه ولم يثبت ، والخاسق ما ثقبه وثبت فيه ، كما ذكره المصنف هنا في الخازق بالمعجمة ، فجعلهما متغايرين ، ولم يتحقق منه ضبط الراء ، ولاذكر الأمرين ، فالالتباس فيه أشد لأنه ان جعل بالراء وافق كلام التحرير وخالف مفهومه لغة ، وان جعل بالزاء وافق كلامه في القواعد ، وكلام المصنف هنا ، وخالف كلامه أهل اللغة ، انتهى كلامه (زيد مقامه) .

وخامسها ـ الخارم بالخاء المعجمة وهو الذي يخرم حاشية الغرض بأن يصيب طرفه فلا يثقبه ولكن يخرمه .

قال في المسالك أيضاً : وهذا الاسم لم يذكره أيضاً أهل اللغة ، وان كان مناسباً له ، وقد ذكروا للسهم اسماء اخر غير ماذكر ، فتركنا ذكرها تبعاً لاختصاره ، هذا ماذكره المحقق في الشرايع .

ثم قال : ويقال المزدلف الذي يضرب الأرض ، ثم يثب الى الغرض ، ونسبته الى القول المجهول ـ وعدم نظمه في سلك الخمسة المتقدمة ـ يؤذن بنوع توقف فيه، وهذا هو السادس الذي أشرنا اليه آنفا ، وبذلك يظهر لك ما في كلام شيخنا في المسالك الذي قدمنا ذكره ، من أن المصنف ذكر هنا ستة ، وأردفها بسابع ، بل المذكور فيه انما هو خمسة ، مردفة بالسادس كما ذكرناه ، وأصل الازدلاف

التقدم ، وخصه هنا بما يقع على الأرض ثم يتقدم الى الغرض ، وعلى هذا يكون مرادفاً للحابي ، وبذلك صرح في القواعد أيضاً ، فقال بعد تعريف الحابي : وهو المزدلف ، إلا أن المفهوم من كلام المحقق حيث ذكر الحابي أولا جازماً به ، وذكر المزدلف أخيراً ناسباً له الى قيل : هوالمغايرة ، ولعل ذلك بقوة الوقوع على الأرض في المزدلف للتعبير عنه بالضرب المقتضى لقوة اعتماده ، وضعفه في الحابي حيث اقتصرعلى مجرد زلفه على الأرض ، وبذلك يحصل التباين ، وهوالظاهرمن التذكرة على مانقل فيها حيث قال : فيها ان المزدلف أشد ، والحابي أضعف .

الرابع ـ قال : الغرض مايقصد اصابته وهو الرقعة والهدف مايجعل فيه الغرض من تراب وغيره ، وذلك فانهم يرتبون تراباً أو حايطاً ينصب فيه الغرض فيسمون ذلك التراب أوالحائط هدفاً وما يصنعونه فيه من جلد أو قرطاس أونحو ذلك لأجل الرمي يسمونه غرضاً ، وبعضهم كما عرفت آنفاً يسمي المنصوب في الهدف قرطاساً ، سواءكان كاغذاً أو غيره ، وهوظاهر في مرادفة الغرض والقرطاس ، وقد تقدم نقل ذلك عن المصباح المنير والصحاح .

وقد يجعل في الغرض نقش كالهلال يقال له الدائرة ، وفي وسطها شيء آخر يقال له الخاتم ، والغرض من بيان الغرض والهدف والدائره هوأن كلاً من هذه الأشياء المذكورة محل للاصابة ، وربما كان شرط الاصابة وغرضها يتعلق بكل واحد من هذه المذكورات ، فان الاصابة في الهدف أو في الدائرة أضيق ، وفي الخاتم أدق ، وهذه المذكورات اصطلاح الرماة ، وعليها جرى الفقهاء في هذا الكتاب وأمّا المذكور في اللغة فانه ظاهر في المرادفة بين الغرض والهدف ، قال في كتاب المصباح المنير : الغرض: الهدف الذي يرمى اليه ، والجمع أغراض وقال في القاموس : الغرض محركة الهدف يرمى فيه ، وفي الصحاح : الغرض : الهدف الذي يرمى فيه ، ثم انهم قالوا : المراماة قسمان مبادرة ومحاطة ، والمراد من المبادرة أن يتفقا على رمي عدد معين كعشرين سهماً مثلاً ، فمن بدر الى اصابة عدد معين منها كخمسة ،

فهو ناضل، لمن لم يصيب أو أصاب مادونه، والمراد من المحاطة بتشديد الطاء أن يقابل اصاباتهما من العدد المشترطة ويطرح المشترك من الاصابات: فمن زاد فيها بعدد معين كخمسة مثلاً فناضل للآخر فيستحق المال المشروط في العقد.

أقول: والظاهر أن هذا أيضاً من اصطلاح الرماة، وعليه جرى الفقهاء، فانه لا وجود له في كلام أهل اللغة، ولا في الأخبار التي قدمناها، ولو بالاشارة، وحيث أن جميع ما ذكر في هذا الكتاب زيادة على ما قدمناه كله من هذا القبيل، فليس في ذكره إلا مجرد التطويل، رأينا الاعراض عن التعرض له، أوفق بالوقوف على الدليل، والاشتغال بما هو أهم أولى وأتم، سيما مع ندور وقوع المسابقة والمراماة في هذه الأوقات، بل عدمها لعدم ما يترتب عليها من الفائدة في جملة الأزمان والآنات ونحن قد ذكرنا منها ما يتعلق بالأخبار التي قدمناها في المقام، وما عداه مما لا نص عليه فهو عندنا في قالب الاعدام، والله الهادي لمن يشاء.

كتاب الوصايا

وهو جمع وصية واشتقاقها اما من وصى يصى أو أوصى يوصى أو وصى بالتشديد يوصى .

قال في كتاب المصباح المنير : وصيت الشيء بالشيء أصيه من باب وعد وصلته، ووصّيت الى فلان توصية وأوصيت اليه ايصاء وفي السبعة « فمن خاف من موص » بالتخفيف والتثقيل والاسم الوصاية بالكسر والفتح لغة ، انتهى .

واختار ابن ادريس المعنى الأول فقال الوصية مشتقة من وصى يصى ، وهو الوصل قال الشاعر : « ذوالرمّة تصى الليل بالأيام حتى صلاتنا مقاسمة لسبق اتصافها السفر» ثم قال : ويقال منه أوصى يوصى ، ووصى يوصى توصية ، ونقل عن المحقق الشيخ علي (رحمة الله عليه) اختيار الثاني ، وعلى هذا فتسمية هذا التصرف وصية لما فيه من وصله التصرف في حال الحياة بـه بعد الوفاة ، هذا على المعنى الأول ، وعلى الأخيرين فالوصية بمعنى العهد ، يعني أنه عهد اليه بتلك الأمور الموصى بها، فان الوصية لغة بمعنى العهد ، والأصل فيها الكتاب كما دلّت عليه جملة من آياته والسنة ، والاجماع من الأمة .

ولنقدم في صدر الكتاب كما هي عادتنا فيما تقدم من الكتب والأبواب جملة

من الأخبار الواردة في الوصية ، وما اشتملت عليه من الحث عليها ، المؤذن بالوجوب أو الاستحباب المؤكد .

فروى المشايخ الثلاثة عن الكناني (١) « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : الوصية حق على كل مسلم » .

وروى في التهذيب عن الشحام (٢) « قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن الوصية ، فقال : هي حق على كل مسلم » .

وروى في الفقيه والتهذيب عن محمد بن مسلم(٣) في الصحيح « قال : قال أبوجعفر عليه السلام الوصية حق ، وقد أوصى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فينبغي للمسلم أن يوصى » .

وروى في الكافي والتهذيب عن حمادبن عثمان (٤) في الصحيح أو الحسن « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال له رجل : اني خرجت الى مكة فصحبني رجل وكان زميلي ، فلما أن كان في بعض الطريق مرض وثقل ثقلاً شديداً فكنت أقوم عليه ثم أفاق حتى لم يكن عندي به بأس ، فلما أن كان اليوم الذي مات فيه أفاق فمات في ذلك اليوم ، فقال أبوعبدالله عليه السلام : ما من ميت تحضره الوفاة إلا رد الله تعالى عليه من سمعه وبصره وعقله للوصية ، أخذ الوصية أو ترك ، وهي الراحة التى يقال لها راحة الموت ، فهي حق على مسلم » .

وروى في الكافي عن وليدبن صبيح (٥) « قال : صحبني مولى لأبي عبدالله عليه السلام يقال له «أعين» ، فاشتكى أياماً ثم برء ثم مات فأخذت متاعه ، وماكان له فأتيت به أبا عبدالله عليه السلام وأخبرته أنه اشتكى أياماً ثم برء ثم مات ، قال : تلك راحة

(١) الكافي ج ٧ ص ٣ ح ٤ ، التهذيب ج ٩ ص ١٧٢ ح ٧٠٢ ، الفقيه ج ٤ ص ١٣٤ ح ٤٦٢ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٧٢ ح ٧٠٣ .

(٣) الفقيه ج ٤ ص ١٣٤ ح ٤٦٣ ، لم نعثر في التهذيب عن هذه الرواية .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٣ ح ٥ ، التهذيب ج ٩ ص ١٧٢ ح ٧٠٤ .

(٥) الكافي ج ٧ ص ٣ ح ٢ .

وهذه الروايات في الوسائل ج١٣ ص ٣٥١ ح٢ وص٣٥٢ ح ٤ وص ٣٥١ ح ١ وص ٣٥٥ ح٢ .

الموت أما أنه ليس من أحد يموت حتى يرد الله تعالى من سمعه وبصره وعقله للوصية أخذ أو ترك » .

وروى المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) عن سليمان بن جعفر(١) قال في الفقيه : « وليس الجعفري» « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) : من لم يحسن وصيته عند الموت كان نقصاً في مروته وعقله ، قيل : يارسول الله وكيف يوصي الميت ؟ قال : اذا حضرته الوفاة واجتمع الناس اليه ، قال : اللهم فاطر السموات والأرض ، عالم الغيب والشهادة ، الرحمن الرحيم ، اللهم إني أعهد اليك في دار الدنيا أني أشهد أن لااله إلا انت وحدك لاشريك لك وأن محمداً عبدك ورسولك ، وأن الجنة حق ، والنار حق ، وأن البعث حق ، والحساب حق ، والصراط حق ، والقبر حق ، والميزان حق ، وأن الدين كما وصفت ، وأن الاسلام كما شرعت ، وأن القول كما حدثت ، وأن القرآن كما أنزلت ، وأنك أنت الله الحق المبين ، جزى الله محمداً عنا خير الجزاء ، وحيا الله محمداً وآل محمد بالسلام ، أللهم ياعدتي عند كربتي ويا صاحبي عند شدتي ويا وليي في نعمتي ، الهي وإله آبائي لاتكلني الى نفسي طرفة عين أبداً فانك ان تكلني الى نفسي طرفة عين أقرب من الشر وأبعد من الخير ، فآنس في القبر وحشتي ، واجعل لي عهداً يوم ألقاك منشوراً ، ثم يوصي بحاجته وتصديق هذه الوصية في القرآن في السورة التي تذكر فيها مريم في قوله عزوجل (٢) «لايملكون الشفاعة إلا من اتخذ عند الرحمن عهداً» فهذا عهد الميت ، والوصية حق على كل مسلم ، وحق عليه أن يحفظ هذه الوصية ويعلّمها ، وقال أمير المؤمنين عليه السلام علمنيها رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) وقال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): علمنيها جبرئيل عليه السلام».

ورواه السيد الزاهد العابد رضي الدين ابن طاوس في كتاب فلاح السائل

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٣٨ ح ٤٨٢ ، الكافي ج ٧ ص ٢ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ١٧٤ ح ٧١١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٣ الباب ٣ ح ١ .

(٢) سورة مريم ــ الآية ٨٧ .

كما نقله عنه في البحار ، وفيه بعد قوله «يوم ألقاك منشوراً» فهذا عهد الميت يوم يوصي بحاجته ، والوصية حق على كل مسلم قال أبو عبدالله عليه السلام وتصديق هذه في سورة مريم عليها السلام قول الله تبارك وتعالى « لا يملكون الشفاعة إلا من اتخذ عندالرحمن عهدا » وهذا هو العهد ، وقال النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) لعلي عليه السلام تعلّمها أنت وعلّمها أهل بيتك وشيعتك قال: وقال (صلى الله عليه وآله وسلّم) وعلمنيها جبرئيل .

وروى في الفقيه عن العباس بن عامر عن أبان عن أبي بصير (١) « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من لم يحسن عند الموت وصيته كان نقصاً في مروته وعقله ، وقال : ان رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلّم) أوصى الى علي ، وأوصى علي عليه السلام الى الحسن ، وأوصى الحسن عليه السلام الى الحسين ، وأوصى الحسين عليه السلام الى علي بن الحسين ، وأوصى علي بن الحسين عليه السلام الى محمد بن علي الباقر عليه السلام » .

وروى في الفقيه والتهذيب عن أبي حمزة (٢) « عن أحدهما عليهما السلام قال : ان الله تعالى يقول : يا ابن آدم تطولت عليك بثلاثة : سترت عليك مالو علم به أهلك ماواروك ، وأوسعت عليك ثم استقرضت منك فلم تقدم خيراً ، وجعلت لك نظرة عند موتك في ثلثك فلم تقدم خيراً » .

وروى في الفقيه والتهذيب عن عبدالله بن المغيرة عن السكوني (٣) « عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليهم السلام قال : قال علي عليه السلام : ما أبالي أضررت «بولدي» أو سرقتهم ذلك المال» كذا في الفقيه وفي التهذيب قال «أضررت بورثتي» عوض ولدي .

وروى في التهذيب والفقيه عن السكوني (٤) « عن جعفر بن محمد عن

---

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٣٤ ح ٤٦٧ .
(٢) الفقيه ج ٤ ص ١٣٣ ح ٤٦١ وفيه « بثلاث » ، التهذيب ج ٩ ص ١٧٥ ح ٧١٢ .
(٣) و (٤) الفقيه ج ٤ ص ١٣٥ ح ٤٦٩ و ص ١٣٤ ح ٤٦٦ ، التهذيب ج ٩ ص ١٧٤ ح ٧١٠ و ٧٠٨ .
وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٧ ح ١ و ص ٣٥٦ ح ٤ و ١ و ص ٣٥٥ ح ٣

أبي جعفر عليه‌السلام قال : من لم يوص عند موته لذوي قرابته ممن لا يرثه فقد ختم عمله بمعصيته » .

وروى في المقنعة (١) مرسلاً « قال : قال رسول الله (صلى‌الله عليه وآله وسلم): الوصية حق على كل مسلم قال : وقال عليه‌السلام ما ينبغي لامرء مسلم أن يبيت ليلة إلا ووصيته تحت رأسه » ، و« قال عليه‌السلام : من مات بغير وصية مات ميتة جاهلية » .

وروى الشيخ في كتاب المصباح (٢) « قال : وروى أنه لا ينبغي أن يبيت إلا ووصيته تحت رأسه » .

وروى في الفقيه والتهذيب عن مسعدة بن صدقة (٣) « عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما‌السلام قال : قال علي عليه‌السلام الوصية تمام ما نقص من الزكاة » .

وروى في الكافي عن محمد بن يحيى (٤) رفعه عنهم عليهم‌السلام « قال : من أوصى بالثلث احتسب له من زكاته » .

وقال في كتاب الفقه الرضوي (٥) « واعلم أن الوصية حق واجب على كل مسلم ، ويستحب أن يوصي الرجل لقرابته ممن لا يرث شيئاً من ماله قل أو كثر وان لم يفعل فقد ختم عمله بمعصيته .

أقول : وفي هذه الأخبار الشريفة فوائد يحسن التنبيه عليها ، والتوجه اليها .

الأول ـ لا ريب في وجوب الوصية على من كان مشغول الذمة بواجب من دين أو حج أو زكاة أو خمس أو نحو ذلك من الحقوق الواجبة ، ويمكن أن تحمل الأخبار الدالة على أن الوصية حق على كل مسلم ، لاشعارها بالوجوب على ذلك ، فيجب تخصيصها بما ذكرناه من الأفراد ، ويمكن حملها على تأكد الاستحباب

(١) و (٢) الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٢ ح ٦ و ٥ .
(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٧٣ ح ٧٠٦ ، الفقيه ج ٤ ص ١٣٤ ح ٤٦٤ .
(٤) الكافي ج ٧ ص ٥٨ ح ٤ .
وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٣ الباب ٢ ح ١ و ٣ .
(٥) المستدرك ج ٢ ص ٥٢٠ ح ٥ .

فتخص بغير ما ذكرناه من الأمور المستحبة.

الثاني ـ المستفاد من الخبرين الأخيرين من أنه ان كان في ذمته زكاة واجبة وأوصى بالثلث أو بعضه للفقراء أو في ساير أبواب البر فانه يحسب له عما في ذمته من الزكاة الواجبة من حيث لا يشعر، وهو من التفضل الالهى، وله نظائر كثيرة. مر التنبيه عليها من أن الفعل اذا صادف الواقع في حد ذاته وان لم ينوه صاحبه فانه يجزى عنه.

الثالث ـ ظاهر حديث السكونى المروي في الفقيه استحباب الوصية لذوى القرابة ممن ليس له حظ في ميراثه استحباباً مؤكداً، وانما حملناه على الاستحباب وان كان ظاهره الوجوب، لما رواه العياشى عن أبى بصير (١) في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام في قوله تعالى (٢) «كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين» قال: منسوخة، نسختها آية الفرائض التى هي المواريث، وبالاستحباب صرح في كتاب الفقه الرضوى، مع تصريحه في آخر كلامه بأن ترك ذلك معصية، وهو محمول على المبالغة، وسيأتى ان شاء الله تعالى مزيد تحقيق في المقام.

الرابع ـ ما تضمنه حديث السكوني (٣) من قوله عليه السلام «ما أبالى أضررت بولدي أو سرقتهم» ومثله مارواه الراوندى في نوادره (٤) باسناده «عن موسى بن جعفر عن آبائه عليهم السلام قال: قال علي عليه السلام: ما أبالى أضررت بوارثي أو سرقت ذلك المال فتصدقت به» ومارواه أيضاً في الكتاب المذكور (٥) «قال: قال النبى (صلّى الله عليه وآله وسلّم) من مات على وصية حسنة مات شهيداً وقال: من لم يحسن الوصية عند موته كان ذلك نقصاناً في عقله ومروته، والوصية حق على كل

---

(١) الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٦ ح ١٥، العياشى ج ١ ص ٧٧ ح ١٦٧.

(٢) سورة البقرة ـ الآية ١٨٠.

(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٧٤ ح ٧١٠، الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٦ ح ١.

(٤) و (٥) المستدرك ج ٢ ص ٥١١ الباب ٤ و الباب ٥ ح ٢.

مسلم ، قال : ان الرجل ليعمل بعمل أهل الجنة سبعين سنة ، فيحيف في وصيته فيختم له بعمل أهل الجنة ، ثم قرأ ومن يتعدّ حدود الله وقال : تلك حدود الله » ان حمل على ظاهره من التحريم فالواجب تخصيصه بما زاد على الثلث ، فانه لايجوز له شرعاً ، وهذا هو أوفق بظاهر الآيتين المذكورتين ، وان حمل على الكراهة المؤكدة فانهم (صلوات الله عليهم) كثيراً ما يبالغون في النهي عن المكروهات بما يدخلها في حيز المحرمات ، وفي المستحبات بما يكاد يلحقها بالواجبات ، فيجب حمله على من بر وارثاً على آخر ، وأن الأفضل المساواة بينهم ، وسيأتي تمام الكلام في هذا المقام ان شاء الله تعالى .

الخامس ـ ما تضمنته جملة من الأخبار المذكورة من أن من لم يحسن وصيته عند الموت كان نقصاً في مروته وعقله .

الظاهر حمله على ماهو أعم من الوصية بالاقرار بالشهادتين ، وجميع ماجاء به النبي (صلى الله عليه وآله وسلّم) كما دل عليه خبر سليمان بن جعفر المتقدم والايصاء بماله وعليه ، مماكان يتعلق به حال حياته ، ويذبه بنفسه من أطفال صغار أو أمور يريد انفاذها بعد موته ، فان الوصية لغة العهد ، يقال : أوصاه ووصّاه عهداليه ، فيعهد الى من يعتمد عليه من أخوانه المؤمنين أن يتصرف في أمواله بعد موته بما يقضي عنه ماوجب في ذمته مما قدمنا ذكره ، وان كان له أولاد صغار قائماً مقامه في الولاية عليهم ، ويستحب له كما عرفت أن يوصي لبعض ارحامه وأقربائه وأن يشهد على ذلك جماعة من اخوانه كما تقدم في خبر سليمان المشاراليه على ايمانه وعقائده ، ويعهد اليهم أن يشهدوا له به يوم القيامة ، ويشهدهم على ما أوصى به من تلك الأمور الدنيوية مضافة الى الأمور الأخرويه .

والى بعض ماذكرنا يشير ما رواه في الكافي عن مسعدة بن صدقة (١) « عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال : ان أجلت في عمرك يومين فاجعل أحدهما لأدبك لتستعين به

(١) الوسائل ج ١٣ ص ٣٥٧ ح ٣ ، روضة الكافي ص ١٣١ ح ١٣٢ .

على يوم موتاك ، قيل ، وما تلك الاستعانة قال تحسن تدبير ماتخلف ، وتحكمه » .

ولاريب أن تـرك هذه الأمور المشار اليهـا وعدم الوصية بها موجب لمـا ذكروه عليه السلام من نقصان المروة والعقل .

السادس ـ قال ابن ادريس في كتـاب السرائـر بعد نقل الخبر المشتمل على قوله « ماأبالي أضررت بورثتي أو سرفتهم ذلك المال » ماملخصه : سرفهم بالسين غير المعجمة والراء غـير المعجمة المكسورة والفـاء ، ومعناه أخطأتهم وأغفلتهم ، لأن السرف الاغفـال والخطـأ ، وقد سرفت الشيء بالكسر اذا غفلته وجهلته ، وحكى الأصمعى عن بعض الأعراب أنه واعده أصحاب له في المسجد مكاناً فأخلفهم فقيل له في ذلك فقـال : مررت بكم فسرفتكم أي أخطأتكم وأغفلتكم الى أن قـال : هكذا نص عليه جماعة أهل اللغة ذكره الجوهري في كتاب الصحاح ، وأبوعبيدة الهروى ، وأما من قال في الحديث سرقتهـم ذلك المال بالقاف فقد صحف ، لأن سرق لايتعدى الى مفعولين إلا بحرف الجر ، يقال سرقت منهم مالا ، وسرفت بالفاء يتعدى الى مفعولين بغير حرف الجر ، فملخصه ذلك ، انتهـى .

أقـول : فيه أن مرجـع استدلاله لهم الى أن سرف يتعـدى الى مفعولـين بنفسه ، وسرق لايتعدى الى مفعولين إلا بحرف الجر ، وهو في الحديث قد عدى الى مفعولين ، فيجب حمله على سرف بالفاء ، والافمجرد ورود سرف بمعنى أخطائه وجهله لايدل على ما ادعاه فانه مسلم ، ولكن لايلزم حمل الحديث عليه .

وأنت خبير بأن ما استند اليه مما ذكره مردود ، بأن الظاهر من كلام أهل اللغة أن سرف بالفاء انما يتعدى الى مفعول واحد أيضا ، وهو ظاهر صدر كلامه ، وان ادعى في آخره خلافه ، فان الحكاية التى نقلها عن الأصمعى انما تضمنت تعديه الى مفعول واحد كما هو في اللفظ الذي جعل بمعناه من قولهم أخطأتكم وأغفلتكم فان الجميع انما عدى فيه الى مفعول واحد ، وكذلك قوله وقدسرفت الشـيء بالكسر اذا أغفلته وجهلته ، فانه انما حكاه متعدياً الى مفعول واحد ، كاللفظـين اللذين جعل بمعناهما .

قال في القاموس : سرفه كفرح أغفله وجهله ، وهوظاهر أيضا فيما قلناه ، على أن ما ادعاه من أن سرق بالقاف لايتعدى الى مفعولين بنفسه مردود بما ذكره في كتاب المصباح المنير ، حيث قال : وسرق منه مالا يتعدى الى الأول بنفسه ، وبالحرف الجر على الزيادة ، وظاهره كما ترى أنه يقال سرقته مالا ، وسرقت منه مالا ، فيتعدى الى المفعول الأول تارة بنفسه ، وتارة بالحرف على الزيادة .

وبذلك يظهر لك ضعف ما تكلفه (قدس سره) على أنه لايخفى مافي الحمل على الفعل الذي ذهب اليه من الركاكة ، وذلك فان الغرض من هذا الكلام وسياقه في المقام هوالمبالغة في المنع والزجرعن الحيف في الوصية ، والاضرار بالولد أو الوارث ، والمناسب لذلك انما هو لفظ سرق بالقاف ، فان محصل الكلام أن الاضرار بهم في الوصية بمنزله سرقة ذلك من أموالهم المترتب عليه الاثم شرعاً ، واشتغال الذمة بالمسروق حتى يرده الى صاحبه ، وحينئذ فلايجوز ، وأمّا أخطأتهم وجهلتهم ، فان مناسبته فيه للمبالغة في الاضرار .

وبالجملة فان كلامه (قدس سره) في نظري بمحل من القصور ، كما لايخفى على من لاحظ ما ذكرناه في هذه السطور ، والله العالم .

والكلام في هذا الكتاب يقع في مقاصد :

المقصد الاول في الوصية :

وفيه مسائل : **الاولى** : قالوا : الوصية تمليك عين أومنفعة ، أوتسليط على التصرف بعد الوفاة ، والمراد بالتسليط المذكور هو أن يوصى اليه بانفاذ وصاياه ، والقيام بأطفاله ومجانينه وهي الوصايا ، وربما اقتصر بعضهم على تمليك العين أوالمنفعة ولم يذكر التسليط على التصرف ، ومنشأ ذلك أن بعضهم أدرج الوصاية التي هي عبارة عن التسليط المذكور في الوصية ، فذكرها في تعريف الوصية ، وبعضهم جعلها قسماً آخر برأسها ، وقسيماً للوصية ، كالشهيد في الدوس ، فانه جعل لكل

من الوصية والوصاية كتاباً على حدة ، وفي اللمعة قال بالأول ، فعرفهما بما ذكرناه والمفهوم من كلام أكثر الأصحاب أن الوصية عقد يفتقر الى الايجاب والقبول من الموصى اليه ، ان كان معيناً ، وأما غيره كالفقراء مثلا فيقبل الحاكم الشرعي أو من ينصبه ، والظاهر في الثاني كما استظهره جمع من المتأخرين منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك عدم التوقف على القبول ، وقد تقدم مثله في الوقف ، ثم انه على تقدير وجوب القبول في الأول فهل يكفي القبول الفعلي ؟ الظاهر كما اختاره جمع من الأصحاب من الاكتفاء بذلك ، كالأخذ والتصرف فيه لنفسه ، وقد تقدم مثله في جملة من العقود المتقدمة .

وبذلك يظهر أن عده عقداً كما ذكروه لايخلو من النظر ، اذ مقتضى ذلك وجوب الايجاب والقبول اللفظيين ، كما صرحوا به في العقود ، إلا أن يكون عقداً جائزاً كماهو الظاهر ، ويؤيده ماسيأتي ـ ان شاء الله تعالى ـ من جواز رجوع الموصي مادام حياً ، والموصى له كذلك مالم يقبل بعد الوفاة ، وما ذكرنا من اشتراط الايجاب والقبول اللفظيين إنما هو في العقود اللازمة .

وكيف كان فظاهرهم ايضاً أنه لاتشترط مقارنة القبول للايجاب . قال في المسالك : وهو موضع وفاق ، وهو مما يؤيد كونه جائزاً لا لازماً ، والايجاب لا ينحصر في لفظ ، بل كل لفظ يدل على مقصوده ، كقوله أوصيت لفلان بكذا ، أو اعطوا فلاناً بعد وفاتي كذا ، أو لفلان بعد وفاتي كذا ، وانما جعل قيداً بعد وفاتي في المثالين الأخيرين دون الأول ، لأن قوله في الأول أوصيت صريح في أن العطية انما هي بعد الوفاة ، فلهذا لم يحتج الى قيد ، بخلاف اعطوا فلاناً أو لفلان فانه يكون في الأول مشتركاً بين الوصية وبين الأمر بالاعطاء في حياته ، وفي الثاني مشترك بينهما وبين الاقرار له بذلك ، فلابد من قيد يصرف الكلام الى الوصية ، فزيد فيه قوله بعد وفاتي .

اذا عرفت ذلك ، فاعلم أني لم أقف في الأخبار على مايدل على وجوب

القبول ، وان كانت الوصية لمعين ، بل ربما ظهر من اطلاقها العدم ، وأنه لايتوقف على أزيد من الايجاب بالألفاظ المذكورة ، إلا أنه خلاف مايفهم من عامة كلامهم .

ومن الأخبار في ذلك صحيحة زراة (١) « عن أبي جعفر عليه‌السلام في رجل أوصى بثلث ماله في أعمامه وأخواله ، فقال : لأعمامه الثلثان ولأخواله الثلث » .

وروى في التهذيب عن عبدالرحمن بن أبي عبدالله (٢) « قال : سألت أبا عبدالله عليه‌السلام عن امرأة قالت لأمها : ان كنت بعدي فجاريتي لك ، فقضى أن ذلك جائز وان كانت الابنة بعدها فهي جاريتها » .

الى غير ذلك من الأخبار الكثيرة الآتي ــ ان شاء الله تعالى ــ جملة منها ، فانها غير مشتملة إلا على الايجاب خاصة ، كما سيظهر ان شاء الله تعالى .

المسئلة الثانية : قال الشيخ في الخلاف : اذا أوصى له بشيء فانه ينتقل الى ملك الموصى له ، بوفاة الموصى ، وقال في المبسوط : اذا أوصى لرجل بشيء فان ملكه لايزول عن ذلك الشيء قبل وفاته بلاخلاف ، واذامات الموصى متى ينتقل الملك الى الموصى له ؟ قيل : فيه قولان : أحدهما ــ ينتقل بشرطين ، وفاة الموصي وقبول الموصى له ، واذا وجد الشرطان انتقل الملك عقيب القبول .

والقول الثاني ــ أنه يراعى ان قبل الوصية تبيّن انه انتقل اليه الملك بوفاته ، وان لم يقبل تبيّن أن الملك انتقل الى الورثة بوفاته .

وقيل : فيه قول ثالث ــ وهو أن الملك ينتقل الى الموصى له بوفاة الموصى مثل الميراث ، ويدخل في ملك الورثة بوفاته ، فان قبل ذلك استقر ملكه عليه ، وان رد انتقل عنه الى ورثته ، قال : وهذا قول ضعيف ، لايفرع عليه ، بل على الأول ثم قال بعد ذلك : الأقوى أن يقال . ان الشيء الموصى به ينتقل الى ملك

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٥ ح ٣ ، التهذيب ج ٩ ص ٢١٤ ح ٨٤٥ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٠٠ ح ٧٩٧ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٤ الباب ٦٢ و ص ٣٧٥ ح ١١ .

الموصى له بوفاة الموصى ، وقد قيل : انه بشرطين بالموت وقبول الموصى له ، وقيل أيضاً انه يراعى ، فان قبل علم أنه انتقل بالموت اليه ، وان رد علم أنه بالموت انتقل الى الورثة ، قال : وعلى ماقلناه لوأهل شوال ثم ذكر بعض الفروع الآتية ان شاء الله تعالى في المسئلة ، ونقل عن ابن الجنيد ما يدل على موافقته للشيخ في الخلاف .

وقال ابن ادريس : الأقوى في نفسي أنه لاينتقل بالموت ، بل بانضمام القبول من الموصى له لابمجرد الموت ، وقال في المختلف بعد نقل الأقوال المذكورة : والمعتمد أن نقول الوصية ان كانت لغير معين ، كالفقراء والمساكين ، ومن لايمكن حصرهم كبني هاشم ، أوعلى مصلحة كمسجد أوقنطرة أوحج أو مدرسة أوغير ذلك لم يفتقر الى قبول ، ولزمت بمجرد الموت لتعذر اعتبار القبول من جميعهم ، فسقط اعتباره كالوقف عليهم ، وان كانت لمعين افتقرت الى القبول ، ولايحصل الملك قبله ، لأن القبول معتبر فتحصيل الملك له قبل قبول لاوجه له مع اعتباره ، ولأنه تمليك عين لمعين ، فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود ، ولأن الموصى له لو رد الوصية بطلت ، ولو كان قدملك بمجرد الايصاء لم يزل الملك بالرد كما بعد القبول ، ولأن الملك في الماضي لايجوز تعليقه بشرط مستقبل ، لامتناع تقدم المشروط على شرطه ، انتهى .

وقال في المسالك : لاخلاف في توقف ملك الوصية على الايجاب من الموصى لأنه أحد أركان العقد الناقل للملك ، أو تمام الركن ، حيث لايعتبر القبول على بعض الوجوه ، وفي توقفه على موته ، لأن متعلقها هو الملك ، ومافي معناه بعد الموت فقبله لاملك ، وانما الخلاف في أن قبول الموصى له هل هو معتبر في انتقال الملك اليه بالموت ؟ بمعنى كونه شرطاً في الملك أوتمام السبب المعتبر بدونه أصلا ، ويعتبر في الجملة أعم مما ذكر أو لايعتبر أصلا ، بل ينتقل اليه الملك على وجه القهر ، كالارث لابمعنى استقراره له كذلك ، بل بمعنى حصوله متزلزلا ، فيستقر

بالقبول ، ويبطل استمراره بالرد ، وينتقل عنه الى ورثة الموصي ، فهذه أقوال ثلاثة ، انتهى .

أقول : لايخفى على من راجع كلامهم في المقام ، وما وقع لهم من النقض والابرام أن هذا البحث والاختلاف انما هو بالنسبة الى الوصية لمعين ، من حيث اشتراط القبول فيها عندهم ، وأما فيما لم يشترط فيه القبول ، فانه لاخلاف في الانتقال بمجرد الموت .

قال في المسالك : واعلم أن موضع الخلاف الوصية المفتقرة الى القبول ، فلو كانت لجهة عامّة كالفقراء والمساجد ، انتقلت الى الجهة المعينة بالوفاة بغير خلاف حيث تكون الوصية نافذة ، انتهى .

وأنت خبير بأن المسئلة غير منصوصة ، ولهذا صارت محل الاشكال ومطرحاً للقيل والقال ومنشأ هذا الاشكال والبحث في هذا المجال من حيث اشتراط القبول في الوصية لمعين ، وأنه لا يصح الوصية بدونه ، مع أنهم لم يوردوا له دليلاً شرعيا ، ولا نصاً مرعيا ، وانما علّلوه بعلل اعتبارية ، وقد تتبعت ماحضرني من النصوص فلم أقف فيها على مايدل على هذا الشرط ، وأنه لاتصح الوصية إلا به ، وربما ظهر من اطلاق كثير منها عدمه ومن ذلك صحيحة زرارة ورواية عبد الرحمن بن أبي عبدالله المتقدمتين .

ومارواه في الكافي والفقيه في الصحيح عن محمد بن قيس (١) « عن أبي جعفر عليه‌السلام قال : قلت له : رجل أوصى لرجل بوصية من ماله ثلث أو ربع فيقتل الرجل خطأ يعني الموصي ، فقال : تجاز لهذه الوصية من (ماله) ومن ديته » .

وبهذا المضمون أخبار اخر ، دالة على اخراج الوصية من الدية ، كما يخرج من الميراث .

وفي الصحيح عن محمد بن قيس (٢) « عن أبي جعفر عليه‌السلام قال ، قضى

---

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٦٨ ح ٥٨٨ ، الكافي ج ٧ ص ٦٣ ح ٢١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٧ ح ٨٢٢ (من ميراثه ومن ديته) .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٢٨ ح ١ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٢ ح ١ و ص ٤٦٧ الباب ٨٠ .

أميرالمؤمنين عليه السلام في مكاتب كان تحته امرأة حرة فأوصت له عند موتها بوصية، فقال: أهل الميراث لا نجيز وصيتها له، انه مكاتب لم يعتق ولا يرث، فقضى بأنه يرث بحساب ما أعتق منه، ويجوز له من الوصية بحساب ما أعتق منه، وقضى في مكاتب أوصي له بوصية، وقد قضى نصف ما عليه فأجاز له نصف الوصية، وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصية فأجاز ربع الوصية».

وبهذا المضمون أيضاً أخبار عديدة وظاهر هذه الأخبار كما ترى أنه ينتقل الموصى به الى الموصى له، وان لم يحصل القبول، إذ لا اشارة في شيء منها الى اشتراط القبول من الموصى له كما ادعوه، واطلاقها كما ترى شامل لما لو كان ثمة قبول أولم يكن، وعدم الاستفصال دليل العموم في المقال، كما صرح به جملة علمائنا الابدال، ويؤيد ما ذكرنا ظاهر الآية، أعني قوله سبحانه (١) «من بعد وصية يوصي بها أودين» وجواب العلامة ـ بحمل الآية على معنى وصية مقبولة والوصية بدون القبول ليست كذلك، ـ لايخرج عن المصادرة، مضافاً الى أن ما ذكره خلاف الظاهر، وارتكاب التقدير والتأويل، فرع وجود الدليل على القبول وبهذا يظهر أن ما ادعوه أيضاً من كون الوصية من جملة العقود محل توقف واشكال لعدم الدليل عليه، مع ظهور هذه النصوص ونحوها في عدم وجود القبول فيها، ولو كان عقداً لوجب القبول، ودل عليه دليل منها، والأمر كما ترى بخلافه.

فان قيل: انه لاتصريح في أكثرها بالموت أيضاً، بل ظاهرها حصول الانتقال بمجرد الوصية، مع أنكم لاتقولون به، قلنا: قد قام الدليل على أن للموصى الرجوع في الوصية مادام حياً، وهو مؤذن بعدم الانتقال عنه في حياته، فوجب تخصيص اطلاق هذه الأخبار بذلك، وأمّا القبول فلم يقم عليه دليل، ليمكن تخصيصها به أيضا، فيبقى الاطلاق بالنسبة اليه سالماً من المعارض، وحينئذ فاذا لم يقم دليل على اعتباره فانه يرجع الحكم فيه الى حكم الوصية لغير معين.

---

(١) سورة النساء ـ الآية ١١.

نعـم حيث ان ظاهرهم الاتفـاق على أن للموصى له الـرد ، وعدم القبـول فينبغي أن تفرق بين الأمرين ، بأن الانتقال في غير المعـين انتقال تام لازم ، وفي المعين انتقال متزلزل ، فبالقبول يستقر ويستمر ، وبعدم القبول تبطل ، ويعود الى ورثة الموصي ، على أن للمناقشة أيضاً طريق فيما ذكر ، وهوان لموصى له الرد ، فانا لم نقف له على دليل ، وما المانع من كون ذلك كالميراث ، ليس له رده شرعاً ، فان ظاهر الأخبـار التي قدمناها ذلك ، إلا أن الخروج عما ظاهرهم الاتفاق عليه مشكل ، وكيف كان فالمسئلة غـير خالية من الاشكال ، والاحتيـاط فيها مطلوب على كل حال .

اذا عرفت ذلك فاعلـم أنهم قد فرعوا على هذا الخـلاف المتقـدم فروعاً عـديـدة :

أحدها ـ كسب العبد وثمر الشجرة ، وسائر زوائد الموصى به المتجدد بين الموت والقبول ، فان قلنا أنه يحصل الانتقال بالموت خاصة ، كما هومذهب الشيخ في الخلاف ومن تبعه ، فهي للموصى له قبل الوصية أوردها ، لأن العين قد انتقلت اليه ، ونماءها تابع لها ، ولوردها احتمـل رد نماءها أيضاً على الورثـة تبعاً لها ، واحتمل العدم ، لأن النماء ليس من الموصى به الذي يتخير بـين رده وقبوله ، وهو قد ملكه بملك العين بعد الموت ، فلايزول ملكه عنه ، ورد العين من حيث كونها موصى بها ، وهو لم يقبل الوصية لايستلزم رد النماء ، لأنه ليس من الموصى به ، كما ذكرنا ، بل ملكه من جهة أخرى ، وسبب آخر .

وان قلنا انـه لايحصل الانتقال إلا بالقبـول ، كما هومذهب العلامـة في المختلف ، فان الزوائد والنماء في تلك المدة لاتكون للموصى له قبل الوصية بعد ذلك أو ردها ، لأنها تجددت قبل أن تدخل العـين في ملكه ، وقبولـه بعد ذلك لوقبل انما يوجب انتقال العين خاصة ، وهي الموصى بها .

بقـي الكلام فيما اذا لم ينتقل للموصى له ، ففي مستحقها من الموصي ـ من

حيث انها من جملة التركة فيقضى منها ديونه ، وينفذ منها وصاياه كالأصل ـ أو الورثة لحدوثها بعد زوال ملكه بالموت : وجهان أقربهما للاعتبار الثاني ، وان قلنا بالمراعات والوقف ، صارت هذه الزوائد أيضاً موقوفة ، فان قبل فهي له وإلا فلا .

وثانيها ـ فطرة العبد الموصى به اذا حل وقت وجوبها بين الموت والقبول ، فعلى القول الأول تكون على الموصى اليه ، وملكها بالموت ، وعلى الثاني فليس على الموصى له شيء ، لعدم الانتقال اليه ، وقبوله بعد ذلك لو قبل لايستلزم الوجوب ، وقدفات وقته ، وعلى الثالث أيضاً لايلزم ، وعلى هذين القولين ، تسقط الفطرة هنا ، قالوا : وفي معنى الفطرة هنا المؤن المحتاج اليها بين القبول والموت .

وثالثها ـ أنه اذا زوج أمته حراً وأوصى له بها ، فعلى تقدير القول الأول وهو الانتقال بعد الموت فانه ينفسخ النكاح من يوم الموت ، لدخولها في ملكه في ذلك الوقت ، فيبطل العقد السابق ، وعلى القولين الآخرين فان رد الوصية استمر النكاح ، لعدم مايوجب بطلانه ، وان قبلها انفسخ النكاح على كل من القولين ، لكن يكون الانفساخ من يوم القبول على القول الثاني ، لأن دخولها في ملكه بعد القبول ومن يوم الموت على الثالث ، وهو المراعاة والتوقف ، لانكشاف ذلك بالقبول وتبيّنه به ، الى غير ذلك من الفروع المذكورة في كلامهم ، من أحب الوقوف عليها فليرجع الى مطولات الأصحاب .

المسئلة الثالثة : المشهور في كلام الأصحاب بناء على وجوب القبول في الوصية كما هو المتفق عليه ظاهراً في كلامهم ، أنه لافرق بين وقوع القبول قبل وفاة الموصي أو بعدها ، أما قبل وفاة الموصي فلأنه قبل مانقل اليه من الملك على الوجه الذي نقل اليه ، وان لم يكن في وقته ، والايجاب هنا انما أفاد التمليك قبل وقت الانتقال ، إذ الانتقال إنما يحصل بالموت ، والقبول هنا وقع طبق هذا الايجاب ، وأما بعد وفاة الموصى فلا اشكال ولاخلاف في اعتبار القبول لمطابقته

للايجاب الصادر من الموصي ، لأنه أوقع تمليكا مقرونا بالوفاة وقد حصلت الوفاة ، فقبل الموصى له ذلك .

ونقل عن جمع من الأصحاب منهم العلامة (قدس سره) اختصاص اعتبار القبول بهذه دون الأولى ، محتجين على عدم اعتباره في الصورة الأولى ، بأنه أوجب له بعد موته ، فقبل الموت ليس محلاً للقبول ، فأشبه القبول قبل الوصية ، وكذا لو باعه ما يملكه بعد ، وبعدم المطابقة بين الايجاب والقبول .

ورد ذلك بما اشير اليه في بيان الوجه في الصورة المذكورة ، وتوضيحه أن القبول لايلزم أن يحصل بة الملك ، وانما يحصل به تمام سببه ، وهو لايوجب وجود مسبّبه ، لجواز تخلفه لفقد شرطه ، وهو هنا كذلك ، لأن الموت شرط في انتقال الملك والايجاب كما وقع قبل زمان الملك ناقلاً له في وقت متأخر ، فكذلك القبول ، والمطابقة حاصلة ، والفرق بينه وبين بيع ما يملكه واضح ، فان ذلك ممتنع شرعاً ايجاباً وقبولاً وهنا لامانع منه إلا بواسطة التخيل المذكور ، وهو غير مانع .

أقول : لايخفى انه لو كان اعتبار القبول مستنداً الى النصوص ، لكان الواجب النظر في ذلك النص ، وما يستفاد منه ، من عموم وخصوص ، إلا أنه ليس في المقام نص كما عرفت ، ولادليل ، وليس إلا ظاهر كلامهم واتفاقهم على الحكم المذكور ، وحينئذ فليس هنا مسرح للنظر في تصحيح شيء من القولين المذكورين إلا بهذه التعليلات الاعتبارية ، وقد عرفت ما في الاعتماد عليها من الاشكال ، فتبقى المسئلة في طامورة التردد والاحتمال ، وان كان ما علّل به المشهور أقرب الى الاعتبار .

المسئلة الرابعة : قالوا : لو رد الوصية في حال حياة الموصي جاز أن يقبل بعد وفاته ، إذ لا حكم لذلك الرد ، وان ردّ بعد الموت وقبل القبول بطلت ، وكذا لو ردّ بعد القبض وقبل القبول ، ولو رد بعد الموت والقبول وقبل القبض قيل : تبطل ، وقيل : لاتبطل .

أقول : ينبغي أن يعلم أولاً أنه لاخلاف كما عرفت آنفاً في أن الملك في الوصية متوقف على الايجاب والقبول وموت الموصي ، فبدون الثلاثة المذكورة لايحصل الملك قطعاً ، وانما اختلفوا في أن القبض مع ذلك هل هو شرط في تحقق الملك أم ليس بشرط .

فقيل : بالأول كالهبة والوقف ، لاشتراكهما في العلّة المقتضية له ، وهو العطية المتبرع بها مع أولوية الحكم في الوصية ، من حيث ان العطية في الهبة وما في معناها منجزة ، وفي الوصية مؤخرة ، والملك في المنجز أقوى منه في المؤخر ، بقرينة نفوذ المنجز الواقع من الأصل على خلاف، بخلاف المؤخر .

وقيل : بالثاني لأصالة العدم ، وعموم «الأمر بالوفاء بالعقود» الشامل لموضع النزاع ، وبطلان القياس ، من حيث خروج الهبة ونظائرها بدليل خاص وقد تقدم، وهو لايتناول الوصية ، والأولوية المذكورة لاتفيد الحكم المتنازع وأصل الخلاف واقع في المؤخر أيضاً ، كما سيأتي ان شاءالله تعالى .

أقول : ويدل على ذلك مارواه العباس بن عامر في الصحيح(١) « قال : سألته عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها ، ولم يترك عقباً ؟ قال : أطلب له وارثاً أو مولى فادفعها اليه ، قلت : فان لم أعلم له وليا ، قال : اجهد على أن تقدر له على ولي فان لم تجده وعلم الله منك الجد فتصدق بها» ، وهو صريح في المدعى كما ترى ، وهو أيضاً ظاهر فيما قدمنا ذكره من صحة الوصية أعم من أن يكون قبل أولم يقبل ، وبذلك تظهر لك قوة القول الثاني ، وهو كون القبض ليس بشرط في ملك الوصية .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن من فروع الملك وعدمه عندهم رد الموصى له الوصية ، فان وقع الرد بعد تحقق الملك لم يؤثر رده في ابطال الملك ، لأن الملك لايزول باعراض صاحبه عنه .

(١) الكافي ج ٧ ص ١٣ ح ٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٩ ح ٢ .

نعم ربما أفاد الاباحة في بعض الموارد إلا أن اباحة التصرف لاتقتضي زوال الملك ، وعلى هذا فاذا وقع الرد بعد الموت ، والقبول والقبض لايؤثر شيئاً ، لأن الملك هنا قد استقر ، وثبت اجماعاً فلاحكم للرد اتفاقاً ، وان وقع الرد بعدالموت والقبول وقبل القبض بنى الكلام على الخلاف المتقدم ، فان قلنا ان القبض شرط في الملك صح الرد قبله ، وبطلت الوصية ، وإلا فلا ، كما لووقع بعده ، فانه لاأثر له في البطلان ، وان وقع الرد بعد الموت وقبل القبول ، قبض أو لم يقبض ، بطلت الوصية ، لأن الملك لم يتحقق حينئذ ، فكانت الوصية من قبيل العقد الجائز اذا أبطله أحد المتعاقدين ، أو اللازم اذا رده أحدهما بعد الايجاب وقبل القبول .

أقول : صحة الحكم هنا مبنية على تسليم شرطية القبول كما هومسلّم بينهم ، وأما على مايظهر من الأخبار كما عرفت وستعرف ان شاءالله تعالى ، من أنه لادليل عليه ، بل الدليل ظاهر في خلافه ، فانه يحكم بالصحة وان وقع الرد قبل الوفاة ، سواء كان قبل القبول أم لا ، فالرد هنا عندهم لاحكم لـه ، فله أن يجدد القبول بعد ذلك ، لأن الرد في حكم العدم ، حيث لم يصادف محلاً إذ التمليك لايحصل إلا بعد الوفاة ، فرده هنا انما هوفي معنى رد ملك غيره ، وهوغير معقول ، فيقع لاغياً ، لأنه وان قبله فالشرط لملكه موت الموصي اجماعاً ، والفرق ـ بين الرد في هذه الصورة وبين الرد بعد الموت وقبل القبول ، في أن الأول لاحكم له ، بل له أن يجدد القبول ، وفي الثاني تبطل الوصية كما تقدم ، مع اشتراكهما في عدم حصول الملك فيهما ـ أن الملك بعد الموت وقبل القبول وان لم يحصل على وجه اللزوم الذي لايؤثر الرجوع في زواله ، إلا أنه حاصل في الجملة ، باعتبار أن القبول كما تقدم كاشف عن الملك السابق ، أوجزء السبب ، فالملك حاصل في الجملة ، إلا أنه بقي موقوفاً على القبول لاغير ، فالرد حينئذ واقع في محلّه ، وملخصه أن التمليك من الموصي قد حصل ، وبقي موقوفاً على رضاه بذلك وقبوله ، فاذا رده تبين عدم الرضا والقبول ، فتبطل الوصية كما لوأوجب البايع البيع فرده المشترى ولم يقبل ، وهذا بخلاف

الرد الواقع حال الحياة فان الملك لم يحصل بالكلية وان قبل في تلك الحال .

هذا كله فيما لو تعلق الرد بالجميع ، أما لو ردّ بعضاً وقبل بعضاً فانه يصح فيما قبله ، ويبقى الكلام في البعض الذي رده ، فبنى على الفروض المتقدمة من الرد في حال الحياة أو بعد الوفاة ، قبل القبول أو بعده ، مع القبض أو عدمه .

وبالجملة فان الوصية لما كانت تبرعاً محضاً لم ترتبط أجزائها بعضها ببعض ، فكما يصح قبولها جميعاً يصح قبول بعضها ، ويلزمه حكمه خاصة ، ويلزم الآخر أيضاً حكمه المتقدم ، وهذا بخلاف البيع ونحوه من عقود المعاوضات ، فان البايع لو باعه جملة فقبل المشتري بعضها ، وقع قبوله لاغياً ، لأن الغرض فيه مقابلة أجزاء العوض بأجزاء المعوض ، والبعض الذي اختص بالقبول غير مقصود للبايع إلا مقيداً بالجملة ، بخلاف التبرع المحض ، فان القصد الى الجملة يتضمن القصد الى كل واحد من أجزائها منضمة ومنفردة ، ومن ثم لو أوصى بما زاد على الثلث ولم يجز الوارث بطل في الزائد ، وصح في قدر الثلث وان قبل الموصى له لعدم الارتباط الذي بيّناه ، هكذا قيل .

وفيه نظر ، فان ما ادعى من أنه لو قبل المشترى بعض الجملة المباعة دون بعض وقع لاغياً ، لادليل عليه شرعاً ، وماعلّل به من هذا الوجه الاعتباري لا يصلح لتأسيس حكم شرعي ، ولو تم ما ادعوه من الارتباط بين أجزاء المبيع فلايصح في بعض دون بعض ، للزم البطلان فيما لو باع ماله ومال غيره صفقة ، فيبطل البيع في الجميع ، مع أنه ليس كذلك ، بل يصح البيع في ماله ، ويختص البطلان بمال الغير ، ويوزع الثمن بالنسبة كما تقدم ذكره في محله .

وبه يظهر ما في قوله ومن ثم لو أوصى بما زاد على الثلث الى آخره حيث جعل مناط الصحة في الثلث خاصة ، والبطلان فيما زاد هو عدم الارتباط ، مع أن مثله كما عرفت وارد في المبيع ، وحينئذ فلا يتم ما ادعوه كليا .

وبالجملة فان المدار في الأحكام الشرعية كيف كانت ، انما هو على النصوص الشرعية ، دون هذه التعليلات العقلية ، والله العالم .

المسئلة الخامسة : الأشهر أنه لو مات الموصى له قبل القبول سواء مات في حياة الموصي أم بعد وفاته ، فان وارثـه يقوم مقامه في قبول الوصية ، وتكـون الوصية له كما كانت لمورثه ، إلا أن يرجع الموصي في الوصية .

ويدل على هـذا القول مارواه المشايخ الثلاثـة (نورالله تعالى مراقدهم) في الصحيح عن محمد بن قيس (١) «عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أميرالمومنين عليه السلام في رجل أوصي لآخر والموصى له غائب ، فتوفي الذى أوصى له قبل الموصي ، قال : الوصية لوارث الذي أوصى له ، قال ومن أوصى لأحد شاهداً كان أوغائباً ، فتوفي الموصي له قبل الموصي ، فالوصية لوارث الذي أوصي له إلا أن يرجع في وصيته قبل موته » ومورد هذه الرواية انما هو موت الموصى له في حياة الموصي ، فلايمكن الاستدلال بها على ماقدمنا من المدعى ، وحينئذ فينبغي أن يجعل المدعى انه لومات الموصى له في حياة الموصى قبل القبول ، فهل تصح الوصية أم لا ؟ فتكون الرواية المذكورة مستنداً للقول بالصحة ، إلا أن ظاهرهم أن محل الخلاف هوالأعم كما حررناه ، وربما كان المستند في تعمـيم الحكم ما لومات بعد مـوت الموصى ، هو الأولوية ، وفيه مافيه .

وطعن في هذه الرواية في المسالك وقبله العلامة في المختلف ، بأن محمد بن قيس مشترك بين جماعة فيهم الضعيف والثقة ، قال في المسالك بعد نقل الرواية وهذه الرواية نص في الباب لوتم سندها ، إذ لايخفى أن محمد بن قيس الذي يروي عن الباقر عليه السلام مشترك بـين الثقة والضعيف وغـيرهما ، فكيف تجعل روايتـه مستند الحكم ، إلا أن يدعـوا جبرها بالشهرة على ما هـوالمشهور بينهم في ذلك ، وفيه مـا فيـه .

أقول : الذي صرح به جمـلة من محققي متأخرى المتـأخرين منهم سبطه

(١) الكافـي ج ٧ ص ١٣ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٠ ح ٩٠٣ ، الفقيـه ج ٤ ص ١٥٦ ح ٥٤١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٩ ح ١ .

السيد السند في شرح النافع وغيره أن محمدبن قيس هنا هوالثقه البجلي ، بقرينة عاصم بن حميد الراوي عنه ، كما صرح به الشيخ في الفهرست ، وحيثما يوجد هذا السند فانهم ينظمونه في سلك الصحيح ، وهذه المناقشة قدتكررت من شيخنا المذكور في المسالك في غير موضع ، وهوغفلة محضة .

وبالجملة فالخبر صحيح صريح في المدعى ، ثم ان أصحاب هذا القول علّلوه أيضاً زيادة على الخبر المذكور بناءً على قواعدهم من التعليل بالعلل العقلية بأن القبول كان حقاً للمورث فيثبت لوارثه بعد موته ، كباقي الحقوق الموروثة من الخيار والشفعة وغيرهما ، واعترضه في المسالك قال : وأمّا الاستدلال بكون القبول حقاً للمورث ، ففيه منع كلية الكبرى المدعية ، أن كل حق يورث ان سلم أن القبول حق ، فان حق القبول لايورث في سائر العقود اجماعاً ، كما لو باع أو وهب فمات المشتري أو الموهوب قبل القبول ، فقبل الوارث ، وان كان على الفور ، فانه لايعتدبه قطعاً ، فكذا هنا ، انتهى .

اقول قد عرفت مما قدمناه آنفاً أنه لادليل على اعتبار هذا القبول الذي يدعونه ، ولاعلى كون الوصية عقداً يتوقف على الايجاب والقبول ، كما هوالمشهور بينهم ، بل ربما دل ظاهر الصحيحة المذكورة هنا مضافاً الى ماسلف من الأخبار على أنه بمجرد الوصية قدحصل الانتقال الى الموصى له ، وثبت له الحق ، وان كان متزلزلاً مراعى بوفاة الموصي ، اذ لاوجه للانتقال الى الوارث قبل موت الموصي، إلا بالتقريب الذي ذكرناه ، وحينئذ فالموروث انما هوالوصية ، لاالقبول الذي ادعوه كما في عنوان المسئلة ، فجعلوا محل الخلاف في أنه هل يورث القبول لومات الموصى له قبل القبول أم لا ؟ وصحيحة محمدبن قيس المذكورة ظاهرة فيما قلناه ، حيث قال عليه السلام في الجواب « الوصية لوارث الذي اوصى له » أي أنه لما أوصى الى ذلك الرجل فمات الموصى له فهي لوارثه ، ان لم يرجع الموصي فيها ، فالموروث هوالوصية ، لاالقبول إذ لادليل ، بل لااشعار في شيء من الأخبار به بالكلية ، والحمل على تقدير مضاف

في الكلام يعني قبول الوصية لوارث الذي أوصى له خلاف الظاهر ، والأصل عدمه .

ونقل عن جماعة من الأصحاب منهم ابن الجنيد والعلامة في المختلف القول ببطلان الوصية في الصورة المذكورة ، مستندين الى أن الوصية عقد يفتقر الى ايجاب وقبول من الموجب له ، فيبطل بموته .

واستندوا مع ذلك الى صحيحة أبي بصير ومحمد بن مسلم(١) «عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصي ؟ قال : ليس بشيء» .

وفي الموثق عن منصور بن حازم (٢) « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل أوصى لرجل بوصية ان حدث به حدث فمات الموصى له قبل الموصي ؟ قال : ليس بشيء » .

أقول : أنت خبير بما في هذين الخبرين من الاجمال ، وتعدد الاحتمال المانع من الاعتماد عليهما في الاستدلال ، قال في المسالك : والحق أن هاتين الروايتين لاصراحة فيهما في المطلوب ، لأنهما كما يحتملان أن الوصية لاشيء يعتد به ، بمعنى بطلانها ، يحتمل ارادة أن الموت ليس بشيء ينقض الوصية ، بل ربما كان الثاني أنسب بإسلوب الكلام ، وتذكير الضمير المستتر في الفعل ، وبه يندفع التنافي بين الروايات ، فيكون أولى ، انتهى .

والشيخ في التهذيبين حملهما على ما اذا رجع الموصي بعد موت الموصى له عن وصيته ، فامّا مع اقراره على الوصية ، فانها تكون لورثته ، قال : وقد فصل ذلك في خبر محمد بن قيس السابق ، ولايخفى مافيه من البعد عن الانطباق على سياق الكلام ، واحتمل في الوافي حملهما على ما اذا كان هناك قرينة تدل على ارادة الموصى له بخصوصه ، دون ورثته .

أقول : ويحتمل ولعلّه الأقرب حملهما على التقية كما ذكر في الوسائل ،

(١) و (٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٣١ ح ٩٠٦ و ٩٠٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤١٠ ح ٤ و ٥ .

قال : لانه مذهب أكثر العامّة ، وكيف كان فان الخبرين المذكورين لما عرفت لايبلغان قوة المعارضة للصحيحة السابقة ، ولعلّه لاجل ذلك جعلهما في المختلف مؤيدين ، بعد أن علّل البطلان بأن الوصية عقد يفتقر الىالايجاب والقبول ، قال : وقد بيناأن القبول المعتد به هو الذي يقع بعد الوفاة فصار الموت حينئذ فلا عبرة به ، انتهى .

وفيه ما عرفت ، وقيل هنا : قول ثالث بالتفصيل كما نقله في المسالك عن بعض الأصحاب ، من أنه خص البطلان بما اذا مات الموصى له قبل الموصي عملاً بمدلول هاتين الروايتين ، قال : فلومات بعده لم تبطل ، للأصل وعدم المعارض .

أقول : لايخفى أن هذه الروايات المذكورة انما تعارضت وتصادمت في موت الموصى له في حياة الموصي ، فالصحيحة المتقدمة صريحة في الصحة والانتقال الى الوارث ، والروايتان الاخريان على ماعرفت ، من الاجمال والاحتمال ، وان ادعى منهماالدلالة علىالبطلان .

وكيف كان فان حكم موت الموصى له بعد موت الموصي غير معلوم من هذه الأخبار ، وحينئذ فيمكن أن يقال : ان مع موت الموصىله في حياة الموصي فالحكم الصحة ، عملاً بالصحيحة المذكورة ، وأمّا بعد وفاته فالوجه في الحكم بالصحة أيضاً هوما ذكره هذا القائل بالتفصيل من أن الأصل الصحة ، ولامعارض هنا لها ، ويؤيده أيضاً ما قدمناه في صدر المسئلة الرابعة (١) من صحيحة العباس بن عامر الدالة على موت الموصى له قبل قبض الوصية فأمر عليه السلام الوصي أن يطلب له وارثاً ليدفع اليه الوصية ، وظاهر سياقها أن موته بعد موت الموصي كما هو محل البحث .

ورواية محمد بن عمر الساباطي (٢) « قال : سألت أبا جعفر عليه السلام يعنى الثاني عن رجل أوصى اليّ وأمرني أن أعطي عمّا له في كل سنة شيئاً ، فمات العم ؟ فكتب عليه السلام أعط ورثته » .

(١) ص ٣٩٢

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٣ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤١٠ ح ٣ .

وهذه الرواية أيضاً ظاهرة في أن موت العم بعد موت الموصي ، لأنه مع حياة الموصي لـم يتحقق الملك للموصي له ليأمر بالدفع الى ورثته ، ويؤكده أيضاً أن المعطى والسائل انما هوالوصي الموصى اليه بتنفيذ الوصايا ، وهولا يكون إلا بعدموت الموصي كما هوظاهر ، وأمّا احتمال ارجاع الضمـير في ورثته الى الرجل الموصي المسؤل عنه في صدر الخبر ، فمن الاحتمالات السخيفة التي لاينبغى النظر اليها .

وبالجملة فان هذين الخبرين ظاهران في أن مع موت الموصى له بعدوفات الموصي: فانه لاريب في صحة الوصية ، وأنها تدفع للموصى له ، ولوارثه ، لأنه استحقها وملكها بالوصية وتحرر الملك ، ولزم بموت الموصي ، ومدلولهما غيرما دلّت عليه الأخبار المتقدمة ، فلا تنافي بـين الجميع ولاتعارض ، لان مدلول تلك كما عرفت موت الموصى له في حياة الموصي ، ومدلول هـذه بعد موت الموصي ، وبما ذكرناه لك يظهر ضعف القول بالتفصيل المذكور ، لأنه مبني على دلالة الروايتين المتقدمتين على بطلان الوصية ، وقد عرفت مافيه ، وأن الأصـح هوالصحة للصحيحة المتقدمة وعدم صراحة هاتـين الروايتين المذكورتين في المنافاة ، بل الظاهر من جميع هذه الروايات التي أوردناها في المقام هو الصحة ، سواء مات الموصى له في حال حياة الموصي أو بعد موته بالتقريب الذي شرحناه .

وبه يظهر أيضاً ضعف القول بالبطـلان كما ذهب اليه في المختلف ، لدلالة هذين الخبرين على الصحة في صورة مـوت الموصى له بعد موت المبوصي ، ودلالة صحيحة محمدبن قيس على الصحة قبل موته ، وهوقد حكم بالبطلان في الموضعين ، والله العالـم .

المسئلة السادسة : قال المحقق في الشرايع : فرع لو أوصى بجارية وحملها لزوجها وهي حامل منه ، فمات قبل القبول ،كان القبول للوارث ، واذا قبل ملك الوارث الولد ، ان كان ممن يصح له تملكه ، ولا ينعتق على الموصى له ، لأنه لايملك بعد الوفاة ، ولايرث أباه ، لانه رق ، إلا أن يكون ممن ينعتق على الوارث الى آخره .

قال في المسالك بعد ذلك : هذا فرع على المسئلة السابقة المتضمنة لكون القبول موروثاً ، فاذا فرض كون الموصى به جارية وحملها ، والحال أن الحمل ولد الموصى له بتزويج أوغيره ، ففرض المصنف كون الموصى له زوجاً غير لازم ، ويفرض كون الحمل رقاً لمولى الجارية بالاشتراط على القول بصحته ، وحينئذ فاذا مات الموصى له قبل القبول وقلنا بانتقال حقه الى وارثه ، فقبل الوصية بهما ، ملك الجارية والولد ، ولا ينعتق الولد لأن أباه لم يملكه ، وانما انتقل ملكه الى الوارث ابتداء كما اشرنا اليه سابقاً ، نعم لو كان ممن ينعتق على الوارث كما لو كان الوارث ابناً والحمل انثى ، انعتق عليه ، انتهى المقصود من كلامه .

أقول : قد عرفت مما قدمناه أن مايدعونه من القبول في هذا المقام مما لم يقم عليه دليل ، ربما دلت ظواهر الأخبار على عدمه ، وحينئذ فجميع مايفرع على ذلك لايخلو من الاشكال ، ومنه ما ذكروه هنا من أنه كما أن للموصى اليه التخيير في القبول وعدمه ، كذلك يثبت للوارث التخيير في قبول الوصية وعدمه فلو مات الموصى اليه قبل القبول تخير الوارث بين القبول ، فيملك ما أوصى به وعدمه فلايملكه ، والمفهوم من الروايات التي قدمناها في سابق هذه المسئلة هو أنه متى مات الموصى اليه في حياة الموصي أو بعد موت الموصي ، فان الوصية تنتقل الى الوارث انتقالاً موجباً للملك ، غير متوقف على شيء إلا موت الموصي ان مات الموصى اليه في حال حياته ، فان ما اشتملت عليه صحيحة العباس بن عامر من أمره عليه السلام بطلب الوارث والدفع اليه ، ثم أمره بالصدقة عنه بعد تعذر الوقوف عليه أظهر ظاهر ، وأصرح صريح في الانتقال اليه من غير توقف على شيء ، وإلا لكان الأنسب أنه حيث تعذر الوارث فانه ترجع الوصية الى ورثة الموصي ، لتعذر القبول الذي هو شرط عندهم بتعذر وجود الوارث ، مع أنه عليه السلام مع تعذر الوارث أمر بالصدقة عنه ، أوعن الموصى له ، أوعن وهو صريح في ملك الموصى له ووارثه من بعده ، بمجرد الوصية وموت الموصي ، وكذلك حكمه عليه السلام في رواية محمد بن عمر

الساباطي بكونه لورثة العم ، كان ينبغي تقييده ان قبلوا ذلك وإلا فلا ، وكذلك حكمه عليه السلام في صحيحة محمد بن قيس بأن الوصية لوارث الذى أوصى له من غير استفصال بين قبوله وعدمه ، ولو كان الأمر كما يدعونه لكان الواجب أن يقول ان الوصية له ان قبل ، وإلافلا .

وبالجملة فانه لايخفى على المتأمل في سياق الأخبار المذكورة سيما صحيحة العباس بن عامر أنه بموت الموصى اليه تنتقل الوصية الى وارثه انتقالاً صحيحاً شرعياً موجباً للملك ، غاية الأمر أنه ان كان الموت في حياة الموصي فان الملك يكون مراعى بعدم رجوع الموصي في الوصية ، كما دلّت عليه صحيحة محمد بن قيس ، وان كان بعد موت الموصي فقد استقر الملك بحصول شروطه المتقدمة ، وأما أنه للموصى له التخيير بين القبول والرد كما زعموه ، فقد عرفت أيضاً ما فيه ، من أنه لادليل عيه إلا ماذكروه من الوجوه الاعتبارية التي لاتصلح لتأسيس الأحكام الشرعية ، وما المانع من أن يكون بعد استكمال شروطه من قبيل الميراث ، اذا اقتضته الأدلة ، كما صرحوا به في الوصية لغير معين ، من أنه ينتقل بمجرد الوصية وموت الموصى .

وبالجملة فانك بالتأمل في الأخبار التى ذكرناها لاأظنك يعتريك الشك في صحة ماذكرناه ، لكن مخالفة المشهور ممايثقل في قلوب الجمهور ، اذا عرفت ذلك فاعلم أنه يأتي على ماحررناه ، من أن الوصية قدانتقلت الى الموصى له ووارثه انما تلقاها منه ، وورثها عنه ، أن الجارية وولدها هذا قد انتقلا الى الزوج ، وبموجبه ينعتق الولد عليه ، لأنه لايملك ولده .

قوله في المسالك فيما قدمنا من عبارته : « وحينئذ فاذا مات الموصى له قبل القبول وقلنا بانتقال حقه الى وارثه . . . الى آخره » .

فيه أنك قد عرفت من الأخبار التى كررناها ، أن مقتضاها أن من أوصى بوصية الى شخص فمات الموصى له قبل قبض الموصى به ، فانه تنتقل الوصية عنه الى وارثه ، ويملك الوارث جميع ما ورثه الموصى له من غير تقييد بقبول ، لافي

جانب الموصى له ، ولا في جانب وارثه ، والوارث انما تلقى الملك عن مورثه ، لامن حيث قبوله خاصة ، ومقتضى ماذكروه من أن الموصى له مات قبل القبول أنه لم يحصل له الملك ، والملك انما حصل لوارثه من حيث قبوله ، فيكون الوارث قد ملك شيئاً لم يملكه مورثه ، وهذا خلف ظاهر ، فان الوارث بالاتفاق إنما تلقى الملك من مورثه ، فكيف يملك هنا شيئاً لم يملكه مورثه ، حتى أنهم يفرعون عليه عدم انعتاقه الولد ، لعدم دخوله في ملك الأب .

ثم انه أي حق للموصى له لومات قبل القبول ليرثه وارثه ، فانه اذا كان القبول عندهم شرطاً في صحة الملك أو جزء السبب ولم يحصل ، فانه لايحصل الملك ، وبموجبه تبطل الوصية ، فليس هنا شيء يرثه الوارث بالكلية .

فان قيل : انه بالوصية يملكه ملكاً متزلزلاً لايستقر إلا بالقبول ، فلما مات الموصى له قبل القبول ورث الوارث ذلك الملك المتزلزل عنه ، وورث حق القبول الذى كان للموصى له ، فاذا قبل ذلك استقر الملك له .

قلنا : اما ارثه الملك المتزلزل فممكن ، وأما ارثه حق القبول ، فغير مسلّم وقد تقدم ذلك في كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، كما قلناه في سابق هذه المسئلة في الجواب عن ذلك الدليل العقلي المذكور ثمة .

وبالجملة فان مقتضى الأخبار التي ذكرناها انما هوانتقال الوصية الى الموصى له أولاً ، وأنه يملكها ، وان اقترن الملك بين موت الموصى له في حياة الموصي أو بعد موته كما تقدم ، ثم بعد موته ينتقل الى وارثه ، وحينئذ فيجب الحكم بانعتاق الولد في الصورة المفروضة ، وهذا من جملة مايتفرع على الخلاف بين كلامهم ، وبين مايظهرمن الأخبار الجارية في هذا المضمار .

المسئلة السابعة : قد صرحوا بأن الوصية عقد جائز من طرف الموصي مادام حياً ، سواء كانت الوصية بمال أو ولاية ، ويتحقق الرجوع بالتصريح ، وبفعل ماينافي الوصية ، فلوباع ما أوصى به أو أوصى ببيعه أو وهبه وأقبضه ، أو رهنه كان ذلك رجوعاً ، وكذا لوتصرف فيه تصرفا أخرجه عن مسماه .

أما لو أوصى بخبز فدقّه فتيتاً لم يكن ذلك رجوعاً .

أقول : ماذكروه من أن الوصية عقد جائز من طرف الموصي مادام حياً مما لاخلاف فيه نصاً وفتوى ، أما الثاني فلأنه لاخلاف كما نقله في المسالك وغيره في جواز رجوع الموصي في وصيته مادام حياً ، ولو كانت لازمة لامتنع ذلك .

وأما الأول : فلأخبار كثيرة ، منها ما رواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن عبيد بن زرارة (١) «قال : قد سمعت أباعبدالله عليه‌السلام يقول . للموصي أن يرجع في وصيته ان كان في صحة أو مرض» .

وعن بريد بن معاوية (٢) في الموثق «عن أبي‌عبدالله عليه‌السلام قال : لصاحب الوصية أن يرجع فيها ويحدث في وصيته مادام حياً» .

وعن عبدالله بن مسكان (٣) في الصحيح «عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال : قضى أميرالمؤمنين عليه‌السلام أن المدبر من الثلث وأن للرجل أن ينقض وصيته ، فيزيد فيها وينقص منها مالم يمت» .

وعن محمد مسلم (٤) في الصحيح «عن أبي‌عبدالله عليه‌السلام قال : المدبر من الثلث وقال : للرجل أن يرجع في ثلثه ان كان أوصى في صحة أو مرض» .

وعن يونس (٥) عن بعض أصحابه «قال : قال علّي بن الحسين عليه‌السلام للرجل أن يغير وصيته فيعتق من كان أمر بملكه ، ويملك من كان أمر بعتقه ، ويعطي من كان حرمه ، ويحرم من كان أعطاه مالم يمت ويرجع فيه» .

و ما رواه في الفقيه عن محمد بن عيسى بن عبيد (٦) « قال كتبت الى

---

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ١٢ ح ١ و ٢ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٧ ح ٥٠٩ و ٥٠٨ التهذيب ج ٩ ص ١٨٩ ح ٧٦٠ و ص ١٩٠ ح ٧٦١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٦ ح ٣ و ٤

(٣) الكافي ج ٧ ص ١٢ ح ٣ ، التهذيب ج ٩ ص ١٩٠ ح ٧٣٢ .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٢٢ ح ٣ .

(٥) الكافي ج ٧ ص ١٣ ح ٤ .

(٦) الفقيه ج ٤ ص ١٧٣ ح ٦٠٧ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٥ ح ١ و ص ٣٨٩ ح ١ و ص ٣٨٥ ح ٢ و ص ٣٨٧ ح ٦

علي بن محمد عليهما السلام رجل أوصي لك جعلني الله فداك بشيء معلوم من ماله وأوصي لأقربائه من قبل أبيه وأمه ، ثم انه غير الوصية فحرم من أعطاه وأعطى من حرمه أيجوز له ذلك ؟ فكتب (صلوات الله عليه) هو بالخيار في جميع ذلك الى أن يأتيه المـوت » .

وما رواه المشايخ الثلاثة في الموثق عن اسحاق بن عمار(١) «عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل كانت له عندي دنانير ، وكان مريضاً فقال لي : ان حدث بي حـدث فاعط فلاناً عشرين ديناراً ، واعط أخي بقية الدنانير ، فمات ولم أشهد موته ، فأتاني رجل مسلم صادق فقال لي : أنه أمرني ان أقول لك : انظر الدنانير التي امرتك أن تدفعها الى أخي فتصدق منها بعشرة دنانير أقسمها في المسلمين ، ولـم يعلم أخـوه أن له عندي شيئاً ، فقال : أرى أن تصدق منها بعشرة دنانير كما قال » .

الى غير ذلك من الأخبار ، وكتب بعض مشايخنا المحدثين من متأخري المتأخـرين في حواشيه على هذا الخبر الأخـير ماصورته : العمل بخبر العـدل الواحد في مثل ذلك لايخلو مـن اشكال إلا أن يحمل على حصول العلم بالقرائـن المنضمة الى اخباره ، ويمكن أن يقال : انما حكم عليه السلام بذلك في الواقعة المخصوصة لعلمه بها ، انتهى .

أقول : لايخفى على من تتبع الأخبار حق التتبع ، أن المستفاد منها انما هو قبول قول العدل الواحد في غير موضع من الأحكام ، ومن ذلك هذا الخبر .

ومن ذلك أيضاً مارواه الشيخ في الموثق عن سماعة (٢) «قال : سألته عـن رجل تزوج جارية أو تمتع بها ، فحدثه رجل ثقة أو غير ثقة فقال : انها امرأتي ، وليست لي بينة ، فقال : ان كان ثقة فلايقربها ، وان كان غير ثقة لم يقبل منه » ،

(١) الكافي ج ٧ ص ٦٤ ح ٢٧ ، التهـذيب ج ٩ ص ٢٣٧ ح ٩٢٣ ، الفقيه ج ٤ ص ١٧٥ ح ٦١٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٨٢ ح ١ .

(٢) التهـذيب ج ٧ ص ٤٦١ ح ٥٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٢٢٦ ح ٢ .

وظاهره كما ترى، النهي عن نكاحها الذي هو حقيقة في التحريم ، وليس ذلك إلا من حيث افادة قول الثقة العلم ، كالشاهدين ، والتأويل بالحمل على الكراهة يحتاج الى المعارض ، وهو منتف ، والمعاضد له موجود ، ومن ذلك ما تقدم في كتاب الوكالة من صحيح هشام بن سالم (١) «عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال فيه «ان الوكيل اذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً ، والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو يشافه بالعزل عن الوكالة» ، والأصحاب قد صرحوا بأنه لاينعزل الوكيل إلا مع العلم بالعزل ، والخبر ظاهر أن اخبار الثقه كالمشافهة للعزل في افادة العلم بالعزل ، ومن ذلك جملة من الأخبار الدالة على جواز وطيء الأمة المشتراة بغير استبراء اذا كان البايع عدلا قد أخبر بالاستبراء (٢) ، ويؤيده الأخبار الدالة على الاعتماد على أذان الثقة في دخول الوقت (٣) الى غير ذلك من المواضع التي تقف عليها المتتبع البصير ، ولاينبئك مثل خبير .

ثم انهم ذكروا ان الرجوع في الوصية ونحوها من العقود الجائزة قد يكون بالفعل وبالقول ، اما صريحاً أو استلزاماً أو باعتبار اشعاره بارادة الرجوع ، فهذه أقسام أربعة :

أحدها ـ القول الصريح ، كقوله رجعت في الوصية الفلانية ، أو نقضتها أو فسختها ، أو لا تعطوها ما أوصيت به ، أو يقول هو « يعني الموصى به » لفلان ، أو لوارثي ، أو من جملة ميراثي .

وثانيها ـ بيع العين التي أوصى بها ، واللازم من البيع نقل العين إلى المشتري ، ويمتنع مع ذلك بقاء الوصية ، وكذا عتق المملوك ، وكتابته ، فان مقتضاهما قطع السلطنة عن المملوك التي من جملته الوصية به ، وكذا الهبة

(١) التهذيب ج ٦ ص ٢١٣ ح ٥٠٣ .
(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٢ ح ٤ .
وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٦ ح ١ و ص ٣٨ ح ٢ .
(٣) الوسائل ج ٤ ص ٦١٨ الباب ٣ .

المقرونة بالاقباض ، أما لامعه فهي من القسم الآتي .

وثالثها ـ فعل ما يدل على ارادة الرجوع وان لم يكن صريحاً ، ويتحقق بفعل مقدمات الأمور التي لو تحققت لناقضت الوصية ، ومنه الهبة قبل القبض كما عرفت ، والعرض على البيع مريداً له ، فانه قرينة دالة على ارادة الرجوع عن الوصية ، ولو دلت القرائن في شيء من هذه المواضع على عدم ارادة الرجوع بذلك ، بل كان الغرض أمراً آخر ، عول على تلك القرائن ، لضعف هذا القسم ، حيث ان مناطه القرينة ، ويشكل الحال لو اشتبه الفرض من الطرفين .

ورابعها ـ الفعل المبطل للاسم الذي هو متعلق الوصية ، كما لو أوصى له بحنطة معينة فطحنها ، أو بدقيق فعجنه ، أو بعجين فخبزه أو بقطن فغزله ، أو بغزل فنسجه ، أو بدار فهدمها بحيث خرجت به عن اسمها ، أو بزيت فخلطه بغير جنسه ، بحيث لم يتميز ، ووجه البطلان في جميع ذلك ان متعلّق الوصية في جميع ذلك هو المسمى الخاص ، وقد زال ، مضافاً الى اشعار هذه الأفعال بالرجوع ، إلا أن تدل هناك قرينة على خلاف ذلك ، كأن يفعل لمصلحة العين ، وقصد بقاءها وحفظها ، كدفع الدود عن الحنطة ، وخبز العجين خوفاً من فساده وضياعه ، وخلطه كذلك ، ونحو ذلك ، فان مرجع هذه الأمور الى القرائن المقترنة بها نفياً واثباتاً ، ولو وقع الفعل من غير الموصى بغير اذنه ، لم يقدح في صحة الوصية ، لانتفاء المقتضي .

قالوا : ولو خلط الزيت بمماثله جنساً فان كان الغير أجود فظاهرهم القطع بكونه رجوعاً ، لاشتمال حصته على زيادة ، ولم يحصل منه الرضا ببدلهما مع عدم امكان فصلها ، وان خلطه بمساوى أو أردى فالمفهوم من كلام بعضهم أنه لا يكون رجوعاً ، لبقاء المال وعدم اشتماله على وصف مانع .

قال في المسالك : وهو ظاهر مع المساواة ، ومع الأردى يكون القدر الناقص من الوصف بمنزلة اتلاف الموصي له ، فيبقى الباقي على الأصل انتهى ، وأطلق جماعة من الأصحاب كون الخلط موجباً للرجوع ، قال في المسالك : وهو حسن مع

انضمام قرينة تدل عليه .

هذا كله فيما لو كان الموصى به معيناً كهذه الحنطة وهذا الزيت ، ونحو ذلك ، أمّا لو كان مطلقا كأن يوصى له بأصواع من حنطة أو زيت أو نحو ذلك ، ثم يطحن ماعنده في بيته أو يمزج أونحوذلك فان ذلك لايكون رجوعاً ، لعدم اختصاص الموصى بـه بذلك ، بل لولم يوجد ذلك عنده لوجب شراؤه ، فلايضر التغير فيما عنده ، وأمّا أنه لوأوصى بخبز فدقه فتيتاً لم يكن ذلك رجوعاً ، فعلّل بأن هـذا الفعل لايدل على الرجوع ، إلا بالقرينة ، مضافاً الى أصالة بقائها على حالها ، وعلّل أيضاً ببقاء اسم الخبز .

قال في المسالك : وفيه نظر ، ولم يبين وجهه ، نعم لواستفيد من القرائن ارادة الرجوع به عمل بها ، ونقل عن القواعد أنه استشكل الحكم في ذلك وألحق بذلك جعل القطن محشوا في فراش وتجفيف الرطب تمراً وتقديد اللحم .

قيل ووجـه الاشكال ماتقدم ، ومن دعوى أن ظاهر هذه الأفعال يؤذن بالاستيثار بها ، فالظاهر أن الأقرب في ذلك ماتقدم نقله عن المسالك من أن هذه الأمور غيرمفيدة للرجوع إلا مع القرينة ، كل ذلك مع التعيين كما تقدم ، وأمّا مع الاطلاق فلا ، بل يجب تحصيل غيره ، ولومن غيرالتركة ، هذا ملخص كلامهم في المقام ، والله العالم .

المقصد الثاني في الموصى :

والكلام يقع فيه فيمقامات ثلاثة : **الاول :** اشترط جملة من الأصحاب في الموصى الكمال بالبلوغ والعقل ورفع الحجر ، ومقتضاه عدم صحةوصية غير البالـغ ، وان كان مميزاً مع أن كثيراً من الأخبار دل على صحة المميز وان لم يبلـغ ، وهوأحد الأقوال في المسئلة أيضاً ، وأما العقل فيخرج به المجنون والسكران ، والغير الرشيد كالسفيه ، مع أن لهم في السفيه اختلافاً ، فنقل في

الدروس عن المفيد وسلار والحلبي عدم نفوذ وصيته إلا في البر والمعروف ، وعن ظاهر ابن حمزة عدم نفوذها مطلقاً ، وعن الفاضل أنه أنفذها مطلقاً تارة ، ومنعها مطلقاً أخرى ، قال : وفي حكمه من جرح نفسه للموت ، وأمّا رفع الحجر فيخرج به العبد ، لأنه وان قيل بملكه فهو محجور عليه ، كما تقدم تحقيقه في كتاب البيع (١) قال في الدروس : ولو أعتق ففي نفوذها قولان للفاضل ، قال : وأولى بالنفوذ اذا علق الوصية على حريته ، هذا وأمّا ماوقع الخلاف فيه مما تقدمت الاشارة اليه فتفصيل الكلام في ذلك أنه قد سوغ الشيخ في النهاية ' وصية الصبي في المعروف اذا كان له عشرسنين اذا كان وضع الشيء مواضعه ، ومردودة في غير البر ، ومتى كان سنه أقل من ذلك لم تجز وصيته ، قال : وقد روي أنه اذا كان ابن ثمان سنين جازت وصيته في الشيء اليسير في أبواب البر ، والأول أحوط وأظهر ، وكذا يجوز صدقة الغلام اذا بلغ عشرسنين ، وهبته وعتقه اذا كان بالمعروف في وجه البر ، وامّا مايكون خارجاً عن ذلك فليس بممضى على حال ، وبذلك قال ابن البراج .

وقال الشيخ المفيد : اذا بلغ الصبي عشرسنين جازت وصيته في المعروف في وجوه البر ، وكذلك المحجور عليه لسفه اذا أوصى في بر أومعروف جاز وصيته ، ولم يكن لوليه الحجر عليه في ذلك ، ولاتجوز وصية الصبي والمحجور عليه فيما يخرج من وجوه البر والمعروف ، وهبتهما باطلة ، ووقفهما وصدقتهما كوصيتهما جائزة اذا وقعا موقع المعروف .

وقال سلار : السفيه لا تمضى وصيته إلا في وجوه البر والمعروف خاصة ، والصبي ان بلغ عشرسنين جازت وصيته أيضاً في البر والمعروف خاصة ، ولا تمضي هبته ولاوقفه ، وكذلك السفيه .

وقال أبوالصلاح : لاتمضي وصية من لم يبلغ عشرسنين ، والمحجور عليه

(١) ج ١٩ ص ٣٩٧ .

إلا ماتعلق بأبواب البر .

وقال ابن الجنيد : اذا أوصى الصبي وله ثمان سنين والجارية ولها سبع سنين بما يوصى به البالغ الرشيد جاز .

وقال ابن حمزة : انما تصح وصية الحر البالغ كامل العقل أو في حكمه ، ونفاذ تصرفه في ماله ، وحكم كمال العقل يكون للمراهق الذي لم يضع الأشياء في غير مواضعها ، فان وصيته وصدقته وعتقه وهبته بالمعروف ماضية دون غيرها .

وقال محمد بن ادريس : الذي يقتضيه أصول مذهبنا أن وصية غير المكلف البالغ غير صحيحة ، سواء كانت في وجوه البر أو غير وجوه البر ، وكذلك صدقته وعتقه وهبته ، لان وجود كلام الصبي غير البالغ كعدمه ، ولأنه بلاخلاف محجور عليه ، غير ماض فعله في التصرف في أمواله بغير خلاف بين الأمّة ، ولقوله تعالى (١) « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم » فأمرنا بالدفع للأموال اليهم بعد البلوغ ، وهو في الرجال الاحتلام أو الانبات ، أو خمس عشر سنة ، وفي النساء الاحتلام أيضا أو الانبات أو بلوغ تسع سنين ، أو الحمل أو الحيض مع ايناس الرشد وحده ، أن يكون مصلحاً لماله ، مصلحاً لدينه ومن أجاز شيخنا وصيته وعتقه وهبته ليس كذلك ، لقوله عليه السلام (٢) « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم » ، ورفع القلم عنه يدل على أنه لا حكم لكلامه ، وانما هذه أخبار آحاد أوردها في النهاية ايراداً .

أقول : والواجب أولاً كما هي قاعدتنا في الكتاب نقل جملة الروايات الواردة في هذا الباب والكلام في ذلك بتوفيق الملك الوهاب ، فمن الأخبار مارواه الصدوق في الصحيح عن أبي عمير عن أبان عن عبدالرحمن بن أبي عبدالله (٣) « قال : قال أبو عبدالله عليه السلام اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته » ورواه الكليني أيضاً بسند غير نقي .

(١) سورة النساء ــ الاية ٦ .
(٢) الوسائل ج ١ ص ٣٢ الباب ٤ ح ١٠ .
(٣) الفقيه ج ٤ ص ١٤٥ ح ٥٠١ ، الكافي ج ٧ ص ٢٨ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٩ ح ٣ .

وما رواه المشايخ الثلاثة بأسانيدهم عن زرارة (١) عن أبي جعفر عليه السلام « قال : اذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على حدّ معروف وحق فهو جائز » .

و ما رواه الشيخ في التهذيب في الموثق عن منصور بن حازم (٢) « عن أبي عبدالله عليه السلام قال سألته عن وصية الغلام هل تجوز ؟ قال : اذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته » .

وعن عبدالرحمن بن أبي عبدالله في الموثق (٣) « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا بلغ الصبي خمسة أشبار أكلت ذبيحته ، واذا بلغ عشر سنين جازت وصيته » .

وعن أبي بصير وأبي ايوب (٤) في الموثق « عن أبي عبدالله عليه السلام في الغلام ابن عشر سنين يوصي ؟ قال : اذا أصاب موضع الوصية جازت » .

وما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله تعالى مراقدهم) في الصحيح عن محمد بن مسلم (٥) « قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : ان الغلام اذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيته ، لأولي الأرحام ، ولم تجز للغرماء » .

وعن أبي بصير (٦) في الصحيح والظاهر أنه المرادي « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته ، فاذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته » .

وما رواه الشيخ في التهذيب في الموثق عن محمد بن مسلم (٧) عن

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٨ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ١٨١ ح ٧٢٩ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٥ ح ٥٠٢ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٨٢ ح ٧٣٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٩ ح ٣ و ٤ و ص ٤٣٠ ح ٧ .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٨١ ح ٧٢٦ .

(٤) و (٥) التهذيب ج ٩ ص ١٨١ ح ٧٢٧ و ٧٢٨ . الكافي ج ٧ ص ٢٨ ح ٢ .

(٦) التهذيب ج ٩ ص ١٨٢ ح ٧٣٢ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٥ ح ٥٠٣ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٩ ح ٥ و ٦ و ص ٤٢٨ ح ١ و ٢ .

(٧) التهذيب ج ٩ ص ١٨٢ ح ٧٣٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢٥ ح ٥ .

أحدهما عليه‌السلام قال : يجوز طلاق الغلام اذا كان قد عقل ، ووصيته وصدقته وان لم يحتلم » .

هذا ما حضرني من أخبار المسئلة وهي ظاهرة الدلالة فيما ذكره المشايخ المتقدم ذكرهم ، وهوظاهر الصدوق (قدس سره) أيضاً حيث نقله جملة منها في كتابه من غير تعرض لردها ، ولاالطعن فيها بوجه ، وبه يظهرضعف ما ذكره ابن ادريس وماتعلّق به من الأدلّة الدالّة على الحجر على الصبي حتى يبلغ ، يمكن تخصيصها بهذه الأخبار ، فانها مع تعددها وصحة أكثرها ورواية المشايخ الثلاثه لها وقول الطائفة بها لايمكن التجاسر على ردها واطراحها بالكلية ، كما هومقتضى كلامه ، ولكنه صحيح على أصله الغيرالأصيل ، وقاعدته المخالفة لماعليه كافة العلماء جيلاً بعد جيل .

وظاهر العلامة في المختلف الميل الى مذهب ابن ادريس هنا ، وان لم يصرح باختياره ، حيث قال بعد نقل ماقدمنا من الأقوال ، ونقل جملة من روايات المسئلة مالفظه : وهذه الروايات وان كانت متظافرة ، والأقوال مشهورة ، لكن الأحوط عدم انفاذ وصيته مطلقاً حتى يبلغ ، لعدم مناط التصرف في المال عنه ، انتهى .

والى ذلك يميل أيضاً كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، بل ربما ظهر منه اختياره حيث قال : وابن ادريس سدّ الباب واشترط في جواز الوصية البلوغ كغيرها ونسبه الشهيد في الدروس الى التفرد بذلك ، ولاريب أن قوله هوالأشبة لأن هذه الروايات التي دلّت على الحكم وان كان بعضها صحيحاً إلا انها مختلفة ، بحيث لايمكن الجمع بينها ، واثبات الحكم المخالف للأصل بهامشكل ، انتهى .

أقول : لايخفى على المتأمّل في هذه الأخبار وهي أخبار المسئلة كملاً أنه متى ضم بعضها الى بعض مطلقها الى مقيدها ، ومجملها الى مفصلها ، وعامّها الى خاصها ، فانه ينتج منها جواز وصية ابن عشر سنين ، اذا كان ذا تمييز : وكانت وصيته موافقة لوصية العقلاء من وضع الأشياء مواضعها ، وهوالمشار اليه بالوصية بالمعروف

يعني بين العقلاء ، وهذا أمر متفق عليه منها ، باعتبار ماقلناه من ضم بعضها الى بعض ، واختلافها في ما عدا ذلك لايوجب ردها فيما اتفقت فيه .

وبذلك يظهر ما في قوله أنها مختلفة لايمكن الجمع بينها ، فانه على اطلاقه ممنوع ، وممن قال بالقول المشهور وجزم به المحقق وشيخنا الشهيد .

وأمّا ماذكره في المختلف من أن الأحوط عدم انفاذ وصيته مطلقا ، فانه قد اعترضه شيخنا الشهيد في شرح الارشاد بأن الاحتياط للوارث مع عدم الحجر عليه انفاذها ، اللّهم إلا إن يريد بذلك أن الأحوط للموصى له أن لايقبل وصية الصبى وفيه بعد ، مع امكان كون الوصية في جهة عامة أو لطفل مولى عليه ، فلا يتصور الاحتياط هنا ، وان أراد به معنى آخر فلابد من افادته ، واقامة الدليل عليه .

وبالجملة فالاقدام على ردّ ما تظاهرت به الفتوى واشتهرت به الرواية من طريق أهل البيت عليهم السلام مشكل ، انتهى وهو جيد نفيس .

وأمّا ما تقدم نقله عن الدروس من الخلاف في السفيه بما ذكره ، فلم أقف له في الأخبار على أثر .

وأمّا ما تقدم نقله عن ابن الجنيد ، فالظاهر أن مستنده فيه رواية الحسن بن راشد (١) عن العسكرى عليه السلام قال : اذا بلغ الغلام ثماني سنين فجائز أمره في ماله وقد وجب عليه الفرائض والحدود ، واذاتم للجارية سبع سنين فكذلك ، وظاهرها هو حصول البلوغ لكل من الصبي والصبية ببلوغ الثمان والسبع ، وهو مخالف لاجماع المسلمين وأخبارهم ، وابن الجنيد هنا اقتصر على الوصية . ولا وجه لتخصيصها بالذكر ، فانه ان عمل بالرواية وجب عليه القول بجميع ما اشتملت عليه ، وان خالف اجماع المسلمين واخبارهم ، وإلا فالواجب طرحها وارجاعها الى قائلها ، والله العالم .

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٨٣ ح ٧٣٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢١ ح ٤ .

المقام الثاني: قد صرحوا بأنه لو جرح الوصي نفسه بما فيه هلاكها ثم أوصى، فانه لاتقبل وصيته، ولو أوصى قبل ذلك قبلت، وتدل على ذلك صحيحة أبي ولاد (١) المروية بطرق المشايخ الثلاثة (قدس الله ارواحهم) « قال : سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول : من قتل نفسه متعمداً فهو في نارجهنم خالداً فيها، قيل له : أرأيت ان كان أوصى بوصية ثم قتل نفسه متعمداً من ساعته تنفذ وصيته ؟ قال : فقال : ان كان أوصى ان يحدث حدثاً في نفسه من جراحة أوفعل لعله يموت، أجيزت وصيته في الثلث وان كان أوصى بوصية بعدما أحدث في نفسه من جراحة أوفعل لعلّه يموت لم تجز وصيته » وهي مع صحة سندها صريحة في المراد، وماذكرناه من بطلان الوصية اذا وقعت بعد الفعل المذكور، هو المشهور بين الأصحاب (رضي الله عنهم) وبه صرح الشيخان وأبو الصلاح وابن البراج، ونقله ابن الجنيد رواية عن الصادق عليه السلام وقال ابن ادريس : الذي يقتضيه اصولنا وتشهد بصحته أدلتنا أن وصيته ماضية صحيحة اذا كان عقله ثابتاً عليه .

واحتج في المختلف على القول المشهور زيادة على الصحيحة المذكورة، قال لنا : أنه سفيه فلاينفذ تصرفه، ولأنه في حكم الأموات، فلا يتصرف في مال غيره، ولأنه قاتل نفسه، فلايتصرف في ماله، كالوارث لوقتله منع منه .

واعترضه في المسالك : فقال : والكل ضعيف، أما السفه فلأن الفرض انتفائه وثبوت رشده، وان اشترطنا انتفائه في غيره، ومن الجائز أن يفعل بنفسه ذلك لعارض ثم يرجع اليه رشده لوفرض زوال حالته، وأما عدم استقرار حياته فيكون في حكم الميت فليس بشرط، والأصل يقتضي نفوذ تصرف الحي العاقل الجامع لباقي الشرائط مطلقاً، والنصوص الدالة على نفوذ المريض مطلقاً متناولة له،

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢٠٧ ح ٨٢٠ وفيه « قلت له »، الفقيه ج ٤ ص ١٥٠ ح ٥٢٢ وليس فيهما « لعله يموت »، الكافي ج ٧ ص ٤٥ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤١ الباب ٥٢ .

والقياس على عدم حل المذبوح حينئذ لأنه بمنزلة الميت فاسد ، ان سلم الأصل وسيأتي ان شاء الله تعالى ما فيه في بابه ، ومن ثم وجبت الدية على قاتله في هذه الحالة ، وحكم اللحم حكم آخر ، وأما حديث منع القاتل عن الميراث وجعل الوصية كالميراث فواضح الفساد ، فلم يبق إلا العمل بالنص الصحيح ان اقتضاه أصل المعنى ، أو ردّه بأحد الوجوه المقتضية له ، ككونه آحاداً أو مخالفاً للأصول كما اختاره ابن ادريس (رحمة الله عليه) محتجاً على الصحة بأنه حي عاقل مكلف ، وبالنهي عن تبديل الوصية بعد سماعها بالقرآن الذي هو حجة المتناول بعمومه لمحل النزاع ، أو بمنع تخصيص القرآن بخبر الواحد . ولكلام ابن ادريس وجه وجيه ، وان كان الوقوف مع المشهور والعمل بالنص الصحيح أقوى ، انتهى كلامه زيد مقامه .

أقول : ما ذكره في رد الوجوه العقلية التي استدل بها العلامة جيد ، وانما الكلام في قوله نقل حجة ابن ادريس : ولكلام ابن ادريس وجه وجيه ، وبنحو ذلك أيضا صرح في المختلف بعد نقل حجة ابن ادريس المذكورة ، فقال . وقول ابن ادريس (رحمة الله عليه) لا بأس به .

وأنت خبير بأن مرجع ترجيحها لمذهب ابن ادريس في هذه المسئلة وفي سابقتها الى أن مذهب ابن ادريس هو الأوفق بالأصول والآيات القرآنية ، ولهذا ان شيخنا المذكور في الروضة في المسئلة السابقة قال : ان قول المشهور مستند الى روايات متضافرة ، بعضها صحيح ، إلا أنها مخالفة لأصول المذهب والاحتياط، وفيه أنه لا يخفى على المتتبع للأحكام أن ما ذكروه هنا لا خصوصية له بهذا المقام ، ونظائره في الأحكام أكثر من أن يأتي عليه قلم الأحصاء ، أو يدخله العد والاستقصاء ، وها أنا أذكر لك ما خطر بالبال العليل مما هو من هذا القبيل ، فمن ذلك مسئلة الحبوة فقد دلت الآيات والروايات على أن ما خلّفه الميت يكون ميراثاً لجميع الورثة ، مع أنهم قد عملوا بأخبار الحبوة ، وخصصوا بها تلك الأدله من الآيات والروايات ، ومن ذلك ميراث الزوجة فانهم قد اتفقوا على حرمانها من

بعض التركة ، وان اختلفوا في ذلك زيادة ونقصانا ، مع دلالة الآيات والروايات على ميراثها من جميع مايخلفه الميت ، مع أنهم قد خصصوا تلك الأدلّة بهذه الروايات ، ومن ذلك من عقد على امرأة ، ومات في مرضه قبل الدخول بها ، فان مقتضى الأصول من الآيات والروايات أنها ترثه ، لأنها زوجة بلاخلاف ، مع أن صحيح زرارة (١) قد دل على المنع من ذلك ، فقالوا بمضمونه وخصصوا به تلك الأدلّة ، وهي رواية واحدة ، وان كانت صحيحة كما هو في الموضع الثاني من هذين الموضعين .

ومن ذلك ما اذا طلّق الرجل امرأة في مرضه الذي مات فيه ، فانها ترثه الى سنة ، وان خرجت من العدة أو كان الطلاق بائناً ما لم يبرأ من مرضه ، أو تتزوج فإن مقتضى الأصول كتاباً وسنة ، أنها بعد الخروج من العدة أو كون الطلاق بائناً تكون أجنبية لاسبب ولانسب بينها وبينه ، فكيف ترثه مع ان الرواية (٢) قد دلّت على الارث كما عرفت ، وقالوا بمضمونها مع أنها أشد شيء في الخروج عن قواعد المذهب .

ومن ذلك أخبار التخيير في المواضع الأربعة ، فان مقتضى الأصول من الآيات والروايات وجوب التقصير على المسافر كائنا ما كان ، مع أنهم قد خصصوا بهذه الأخبار ، ولهذا صارت أخبار هذه المسئلة مثل أخبار الحبوة من خواص مذهب الشيعة الى غير ذلك من المواضع ، وهؤلاء الأفاضل من جملة من قال بما ذكرناه في هذه المسائل ، ولم ينكر ذلك كما انكره هنا ، والجميع كما عرفت من باب واحد .

وبذلك يظهر لك ضعف ما ذهب اليه ابن ادريس ومن تبعه ، وموضع الخلاف فيما اذا تعمد ذلك كما هو صريح الصحيحة المتقدمة ، وكذا كلام الأصحاب ،

---

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٣ ح ١٢ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٣٤ ح ٥ .

وهما في الوسائل ج ١٧ ص ٥٣٧ ح ٣ و ص ٥٣٣ ح ٢ .

فلو وقع ذلك عن خطأ أو سهو لم تمتنع وصيته اجماعاً ، كما نقله في الروضة .

المقام الثالث : المشهور بين الأصحاب (رضي الله عنهم) أنه لا تصح الوصية بالولاية على الأطفال إلا من الأب أو الجد للأب خاصة ، وقال ابن الجنيد : الأب الرشيد أولى بأمر ولده الأطفال من كل أحد ، وكذا الأم الرشيدة بعده ، وهو ظاهر في أن لها الولاية كالأب اذا كانت رشيدة ، ورده الأصحاب بالضعف والشذوذ .

قال في المسالك : لما كانت الولاية على الغير من الأحكام المخالفة للأصل ، إذ الأصل عدم جواز تصرف الانسان في مال غيره بغير اذنه أو ما في معناه ، وجب الاقتصار في نصب الولي على الأطفال على محل النص أو الوفاق ، وهو نصب الأب أو الجد له ، فلا يجوز للحاكم وان كان ولياً عليهم ، ان ينصب بعده عليهم ولياً ، لأن ولايته مقصورة عليه حياً ، فاذا مات ارتفع حكمه ، وان جاز له أن يوكل حياً عليهم ، لأن له الولاية حينئذ ، ويشمل اطلاق المنع من تولية غيرهما الوصي من أحدهما ، فليس له أن يوصي عليهم بالولاية مع عدم نصهما على ذلك على أصح القولين ، وسيأتي ان شاء الله تعالى ، أمّا مع النص فتولية الوصي في معنى تولية أحدهما ، لصدوره عن اذنه كما جازت ولاية الوصي ابتداء عنهما .

ثم أنه بعد ذلك أشار الى خلاف ابن الجنيد الذي قدمنا ذكره ، حيث ان المصنف أفرده بالذكر ، فقال : ولا ولاية للأم ، ولا يصح منها الوصية عليهم ، فقال الشارح : وانما خص الأم بالذكر بعد دخولها في السابق لاثبات ابن الجنيد (رحمة الله عليه) الولاية لها مع رشدها بعد الأب ، وهو شاذ .

أقول : ومما فرعوا على الكلام المتقدم وهو أن الولاية على الصغار مخصوصة بالأب والجد له وان علا ، دون غيرهما ما لو أوصت الأم أو أحد الأقارب لطفل بمال ونصب قيّماً يصرف المال على الطفل المذكور في مصالحه وما يحتاج اليه ، فان للأب أو الجد انتزاعه عن ذلك القيم ، بمعنى أن الوصية بالمال صحيحة ، ولكن نصب القيّم باطل ، لأن ولاية الأب والجد شرعية ، فلا يعارضها وصية ذلك الوصي .

قال في الدروس : ولاولاية للأم على الأطفال ، فلو نصبت عليهم ولياً لغى ، ولو أوصت لهم بمال ، ونصبت عليه فيما لهم صح في المال خاصة ، ثم نقل قول ابن الجنيد ، وسيأتي ان شاء الله تعالى مايزيد المقام تحقيقاً .

المقصد الثالث في الموصى به :

وفيه مسائل : **الاولى :** الموصى به قد يكون جنساً ، وقد يكون منفعة موجوداً بالفعل ، كالولد والثمرة الموجودة في الحال ، أو مظنون الوجود كالحمل ، أو مشكوك فيه كالآبق ، والطير في الهواء والسمك في الماء ، أو موجوداً بالقوة كما تحمله الأمة أو الدابة أو الشجرة ، أو موجوداً على التدريج كسكنى الدار ، فان الوصية بجميع ذلك نافذة عند الأصحاب ، كما صرح به في الدروس .

وكيف كان فانه يعتبر فيهما الملك بالنظر الى الموصي والموصي له ، فلا تصح الوصية بالخمر أو الخنزير ، ولا كلب الهراش ولا الحر ، ولا الحشرات ولا الفضلات ، لعدم المملوكية في الجميع بالنسبة الى المسلم ، وان جاز اقرار الكافر على وصيته بالخمر والخنزير لمثله ، وكذا لاتصح الوصية بما لاينتفع به كحبة من حنطة ونحوها .

قيل : واحترز بكلب الهراش عن الكلاب الأربعة والجروّ القابل للتعليم ، فتصح الوصية بها ، لكونها مملوكة ، لها قيمة ومنفعة كما ذكره جملة من الأصحاب كالشهيدين وغيرهما .

أقول : قد تقدم في كتاب التجارة تحقيق الكلام في هذا المقام (١) ، وقد أوضحنا أنه لايجوز البيع ولا التملك بشي من أفراد الكلاب إلا كلب الصيد خاصة ، كما هو أحد الأقوال في المسئلة ، وأمّا ماعداه فلا دليل عليه من الأخبار ، إلا أنهم ألحقوا به هذه الكلاب الباقية لعلّة المشاركة في الانتفاع ، وفيه مالايخفى .

(١) ج ١٨ ص ٧٩ .

واما السباع فالظاهر جواز الوصية بها ، لحصول الانتفاع بجلودها وريشها، والمراد بما لاينتفع به يعني نفعاً معتداً به في نظر العقلاء بحيث يكون متمولاً فلاتصح الوصية بحبة من حنطة ونحوها ، كما لايصح بيعه ولا المعاوضة به ، وفي ذكر قيد الانتفاع بعد الملك الراجع الى تقييد الملك بذلك اشارة الى ما هو الظاهر من كون نحو الحبة من الحنطة مملوكاً حتى لايجوز غصبها من المالك ، وان لم تجز المعاوضة عليها ، لعدم التمول .

الثانية : المشهور أنه يتقدر الموصى به بقدر ثلث التركة فما دون ، فلو أوصى بما زاد بطل في الزائد إلا مع اجازة الوارث .

ونقل العلامة في المختلف ومن تأخر عنه عن الشيخ علي بن بابويه نفوذ الوصية من الأصل مطلقا ، قال في المختلف : وقال علي بن بابويه (رحمةالله عليه): فان أوصى بالثلث فهو الغاية في الوصية ، فان أوصى بماله كله فهو أعلم وما فعله، ويلزم الوصي انفاذ وصيته على ما أوصى ، انتهى .

أقول : أمّا ماذكروه (رضي الله عنهم) من التقدير بالثلث ، فهو مدلول جملة من الأخبار .

ومنها مارواه في التهذيب عن علي بن عقبة (١) « عن أبي‌عبدالله عليه السلام » قال : سألته عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره ، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك ، كيف القضاء فيه ؟ قال : مايعتق منه إلا ثلثه ، وسائر ذلك ، الورثة احق بذلك ، ولهم مابقي » .

وعن محمد بن مسلم (٢) « عن أبي‌جعفر عليه السلام في رجل أوصى بأكثر من الثلث وأعتق مملوكه في مرضه فقال : ان كان أكثر من الثلث رد الى الثلث وجاز العتق » .

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٩٤ ح ٧٨١ .
(٢) التهذيب ج ٩ ص ٢١٩ ح ٨٥٩ .
وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٥ ح ٤ وص ٤٥٩ ح ٤ .

وعن السكوني (١) «عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال : ان رجلا أعتق عبداً له عند موته لم يكن له مال غيره ، قال : سمعت رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) يقول : يستسعى في ثلثي قيمته للورثة» .

وعن الحسين بن محمد الرازى(٢)قال : «كتبت الى أبي الحسن عليه السلام الرجل يموت فيوصي بماله كله في أبواب البر ، وبأكثر من الثلث هل يجوز ذلك له ؟ وكيف يصنع الوصي ؟ فكتب عليه السلام تجاز وصيته مالم يتعد الثلث» .

ومارواه في الكافي والتهذيب عن أبي بصير (٣) «عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ان أعتق رجل عند موته خادماً له ثم أوصى بوصية أخرى ألغيت الوصية ، وأعتق الخادم من ثلثه ، إلا أن يفضل من الثلث ما يبلغ الوصية» .

ومارواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن حمران (٤) «عن أبي جعفر عليه السلام في رجل أوصى عند موته وقال أعتق فلاناً وفلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسة ، فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمة المماليك الخمسة التي أمر بعتقهم ، قال : ينظر الى الذين سماهم ويبدأ بعتقهم فيقومون وينظر الى ثلثه فيعتق منه أول شيء ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس وان عجز الثلث كان ذلك في الذي سمي أخيراً لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث مالا يملك فلا يجوز له ذلك» وفي هذا الخبر كما ترى تصريح بأنه لا يملك في الوصية زيادة عن الثلث فمن أجل ذلك تبطل الوصية في الزائد .

ومارواه في التهذيب في الصحيح عن أحمد بن محمد بن عيسى عن العباس بن معروف (٥) «قال : كان لمحمد بن الحسن بن أبي خالد غلام لم يكن به بأس

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٩ ح ٨٢٨ .
(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٩٥ ح ٧٨٤ .
(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٩٧ ح ٧٨٦ ، الكافي ج ٧ ص ١٧ ح ٢ .
(٤) التهذيب ج٩ص١٩٧ح٧٨٨، الكافي ج٧ص١٩ح ١٥، الفقيه ج٤ص١٥٧ح٥٤٥
(٥) التهذيب ج ٩ ص ١٩٨ ح ٧٩٠ .
وهذه الروايات في الوسائل ج ١٦ ص ٧٦ ح ٥ و ج ١٣ ص ٣٦٥ ح ٥ و ص ٤٥٨ ح ٣ و ص ٤٥٧ ح ١ و ص ٣٦٦ ح ٧ .

عارف يقال له ميمون ، فحضره الموت فأوصى الى أبي الفضل العباس بن معروف بجميع ميراثه وتركته أن أجعله دراهم وأبعث بها الى أبي جعفر الثاني عليه السلام وترك أهلاً حاملاً واخوة قد دخلوا في الاسلام ، وأمّاً مجوسية ، قال : ففعلت ما أوصى به وجمعت الدراهم ، ودفعتها الى محمد بن الحسن ، وعزم رأيي أن أكتب اليه بتفسير ما أوصى به الي ، وما ترك الميت من الورثة ، فأشار الى محمد بن بشير وغيره من أصحابنا أن لا أكتب بالتفسير ولا أحتاج اليه ، فإنه يعرف ذلك من غير تفسيري ، فأبيت إلا أن أكتب اليه بذلك على حقه وصدقه ، فكتبت وحصلت الدراهم و أوصلتها اليه عليه السلام فأمره أن يعزل منها الثلث ، يدفعها اليه ، ويرد الباقي على وصية يردها على ورثته» .

وما رواه في التهذيب عن العباس بن معروف (١) « قال : مات غلام محمد بن الحسن وترك أختاً وأوصى بجميع ماله له عليه السلام قال : فبعنا متاعه فبلغ ألف درهم وحمل الى أبي جعفر عليه السلام » قال : وكتبت اليه وأعلمته أنه أوصى بجميع ماله له ، قال : فأخذ ثلث ما بعثت به اليه ، ورد الباقي وأمرني أن أدفعه الى وارثه » .

وعن العباس عن بعض أصحابنا (٢) « قال : كتبت اليه : جعلت فداك أن امرأة أوصت الى امرأة ودفعت اليها خمسمائة درهم ، ولها زوج وولد فأوصتها أن تدفع سهماً منها الى بعض بناتها ، وتصرف الباقي الى الامام فكتب عليه السلام : تصرف الثلث من ذلك الي ، والباقي يقسم على سهام الله عز وجل بين الورثة » ، الى غير ذلك من الأخبار .

وأمّا أنه مع اجازة الورثة تجوز الوصية بالزيادة على الثلث ، فتدل عليه أيضا جملة من الأخبار منها مارواه الشيخ عن ابن رباط عن منصور بن حازم (٣) « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى بوصية أكثر من الثلث وورثته

(١) و (٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٢ ح ٩٣٧ و ٩٣٨ .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٩٣ ح ٧٧٦ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٦ ح ٨ و ٩ و ص ٣٧٢ ح ٢ .

شهود، فأجازوا ذلك له، قال: جائز قال ابن رباط وهذا عندي على أنهم رضوا بذلك في حياته واقروابه».

وما رواه المشايخ الثلاثه في الصحيح عن محمد بن مسلم (١) «عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل أوصى بوصية وورثته شهود، فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصية، هل لهم أن يردوا ما أقروابه؟ قال: ليس لهم ذلك، الوصية جائزة عليهم اذا أقروابها في حياته».

وما رواه المشايخ الثلاثه (عطر الله تعالى مضاجعهم) في الصحيح عن منصور بن حازم (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام مثله.

ومارواه المشايخ المذكورون عن أحمد بن عيسى (٣) «قال: كتب أحمد بن اسحاق الى ابي الحسن عليه السلام ان درة بنت مقاتل توفيت وتركت ضيعة أشقاصاً في موضع وأوصت لسيدها في أشقاصها بما يبلغ أكثر من الثلث، ونحن أوصياؤها وأحببنا أن ننهى ذلك إلى سيدنا، فان أمر بامضاء الوصية على وجهها أمضيناها وان أمر بغير ذلك انتهينا الى أمره في جميع ما يأمر به ان شاء الله تعالى، فكتب عليه السلام بخطه: ليس يجب لها من تركتها إلا الثلث فان تفضلتم وكنتم الورثة كان جائزاً لكم ان شاء الله».

وما نقل عن الشيخ علي بن الحسين بن بابويه، فان العلامة في المختلف قد نقل عنه أنه احتج على ذلك برواية عمار الساباطي (٤) «عن الصادق عليه السلام قال: الرجل أحق بماله مادام فيه الروح، ان أوصى به كله فهو جائز له».

(١) و (٢) التهذيب ج ٩ ص ١٩٣ ح ٧٧٥ و ٧٧٦، الفقيه ج ٤ ص ١٤٧ ح ٥١٢ و ص ١٤٨ ح ٥١٣، الكافي ج ٧ ص ١٢ ح ١

(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٩٢ ح ٧٧٢. الفقيه ج ٤ ص ١٣٧ ح ٤٨٠، الكافي ج ٧ ص ١٠ ح ٢.

(٤) التهذيب ج ٩ ص ١٨٦ ح ١.

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٧١ ح ١ و ص ٣٦٤ ح ١ و ص ٣٧٠ ح ١٩.

ثم قال في المختلف : والرواية ضعيفة ، والمطلوب مستبعد ، والأحاديث الصحيحة معارضة لهذه الرواية ، مع أن الشيخ تأولها على من لاوارث له ، أو على ما اذا أجاز الورثة ، ومع ذلك فهي قاصرة عن افادة المطلوب ، فانا نقول بموجبها فان المريض أحق بماله مادام فيه الروح يفعل به مايشاء في حياته ، واذا أوصى به كله جاز ، فان أجاز الورثة بعد ما أوصى به ، وإلا فسخت الوصية في الثلثين ، وقد روى ابنه في المقنع (١) « أن الصادق عليه‌السلام سئل عن رجل أوصى بماله في سبيل الله عزوجل ، فقال : أطلقه الى من أوصى له به ، وان كان يهودياً أونصرانيا فان الله عزوجل(٢) يقول « فمن بدله بعدما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه ، ان الله سميع عليم » ثم قال عقيب هذه الرواية ، ماله هو الثلث ، لأنه لامال للميت أكثر من الثلث » ، انتهى .

أقول : لايخفى على من وقف على ماقدمناه في كتب العبادات في مواضع عديدة من أن الشيخ علي بن بابويه (قدس سره) أكثرما نذكره سيما من الفتوى الغريبة انما هومأخوذ من كتاب الفقه الرضوى ، وان كان على خلاف ماتكاثرت به الأخبار ، وهذا الموضع من جملة ذلك ، فان عبارته المذكورة عين عبارة الكتاب حيث قال عليه‌السلام في الكتاب المذكور (٣) « فان أوصى رجل بربع ماله فهو أحب الي من ان اوصى بالثلث ، فان أوصى بالثلث فهو الغاية في الوصية ، فان أوصى بماله كله فهو أعلم بما فعله ويلزم الوصي انفاذ وصيته على ما اوصى به » ، انتهى .

وأنت خبير ـ بأن اعتماد هذا الشيخ الجليل على الفتوى بعبائر الكتاب مع مخالفتها للأخبار الكثيرة كما هنا ، وقدتقدم أمثاله أيضا في غيرموضع ـ أدل دليل على اعتماده على الكتاب المذكور ، وجزمه بأنه كلامه عليه‌السلام ، ولكن متأخرى

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٦٢٤ الباب ٣١ ح ٣ .

(٢) سورة البقرة ـ الاية ١٨١ .

(٣) المستدرك ج ٢ نقل صدره فى ص ٥١٩ فى باب ٨ ح ٢ وذيله فى ص ٥٢٠ فى باب ٩ ح ٦ .

أصحابنا (رضوان الله عليهم) حيث لم يصل الكتاب اليهم تكلّفوا للاستدلال له ببعض الأخبار ، واعترضوا عليها كما هنا بعدم الدلالة أو بنحو ذلك ، وهو غفلة عما ذكرناه مما وفقنا الله اليه ، ويسّر لنا الوقوف عليه .

تنبيهات :

الاول : قالوا لو كانت الورثة جماعة فأجاز بعضهم نفذت الاجازة في نصيبه من الزائد ، قيل :والوجه فيه أن الوصية لما كانت و ماتقبل التبعض ، لكونها تبرعا محضاً وكان الزائد عن الثلث منها موقوفاً على اجازة الوارث جاز له اجازة البعض كما تجوز له اجازة الجميع ، لأن ذلك حقه ، فله التبرع بجملته وبعضه ، وكما يجوز ذلك لبعض الورثة دون بعض ويلزم كل واحد جملة ، كذلك يجوز اجازة البعض منهم جميعاً ، كالنصف والثلث ، ويتقدر بالقدر المجاز ، دون ماعداه .

قالوا : فلو فرض كون الوارث ابناً وبنتا ، وأوصى بنصف ماله فان أجازا معاً فالمسئلة من ستة ، لأن لهما نصف التركة أثلاثا بينهما ، وللموصى له نصفها ، وان ردّا الوصية معاً فالمسئلة من تسعة ، لأن لهما ثلثي التركة أثلاثا بينهما ، وهي ستة من تسعة ، ثلاثة للموصى له ، لأنها ثلث التركة ، وان أجاز أحدهما فالمسئلة من ثمانية عشر ، فللموصى له من حيث الوصية وعدم الاجازة ، الثلث ستة ، ولهما ميراثاً من ذلك اثنى عشر أثلاثا بينهما ، فمن أجاز منهما دفع من نصيبه ماوصل اليه من السدس الزائد ، فلو أجازه الابن خاصة ، كان له ستة من الثمانية عشر لأنه قد سقط منه اثنان بالاجازة ، وقد كانت حصته ثمانية ، فيدفع منها الى الموصى اليه سهمان ، وتبقى له ستة ، ولو أجازت البنت خاصة كان لها ثلاث من ثمانية عشر ، لأن الذي لها قبل الاجازة أربعة ، فتدفع منها الواحد بالاجازة منهما للموصى اليه ، ومنه يعلم انه لو أجازا معاً فللموصى اليه زيادة على الستة التي تثبت بالوصية ثلاثة ، سهمان من الولد وسهم من البنت فيكون للموصى له تسعة ، وهي نصف الفريضة ، وللولد سته ، وللبنت ثلاثة ، وعلى هذا فقس .

الثاني : المشهور بين الأصحاب (رحمهم الله) أن اجازة الوارث لازمة له سواء كانت في حال حياة الموصي أم بعد موته ، ونقل عن الشيخ المفيد وسلار وابن ادريس اختصاص اللزوم بما بعد الوفاة ، فلو أجاز في حال الحياة جاز له الرجوع عنها بعد الوفاه ، ويدل على القول المشهور ماتقدم من صحيحة محمد بن مسلم (١) ، وبطريق آخر منصور بن حازم ، وهي صحيحة صريحة في أنهم لو أجازوا في حال الحياة لزمهم ذلك ، وليس لهم أن ينقضوا ذلك بعد الوفاة .

واستدل عليه في المختلف أيضاً بجملة من الأدلة الاعتبارية ، وبعضها يصلح وجهاً للنص المذكور ، وبيان العلّة فيه ، وبعضها يصلح للتأكيد .

ونقل المختلف عن ابن ادريس بأنه احتج بأنه اجازة فيما لايستحقونه بعد فلايلزمهم ذلك بحال ، ورُدّ بأن المال الموصى به لايخرج عن ملك الموصى أو الورثة ، لأنه ان برأ من مرضه فالمال له ، وان مات كان للورثة ، فان كان للموصي فانه قد أوصى ، وان كان للورثة فانهم قد أجازوا ، ولأن المنع من نفوذ الزائد عن الثلث انما هو لحق الورثة ، فهو متحقق في حال الحياة ، فاذا أجازوا فقد أسقطوا حقهم .

وبالجملة فانه مع قطع النظر عما ذكرناه من الجواب ، لاوجه لهذا الاحتجاج في مقابلة النص الصحيح الصريح ، وهل هو إلا الاجتهاد المحض في مقابلة النصوص وجرأة على أهل الخصوص .

قال في المسالك : ولافرق على ذلك بين كون الوصية والاجازة حال صحة الموصي ومرضه المتصل بالموت وغيره ، لاشتراك الجميع في المقتضي ، والفرق بين اجازة الوارث حال الحياة ورده حيث لم يؤثر الثاني دون الأول ، أن الوصية مستمرة ببقاء الموصى عليها ، فيكون استدامتها كابتدائها بعد الرد ، فلايؤثر ، بخلاف الرد بعد الموت ، لانقطاعه حينئذ ، وبخلاف الاجازة حال الحياة ، لأنها حق للوارث

(١) ص ٤٢١

وقد أسقطه فلاجهة لاستمراره ، ودوام الوصية يؤكدها ، انتهى .

أقول : قوله « والفرق بين اجازه الوارث الى آخره » كأنه جواب سؤال مقدر من جانب ابن ادريس ، وما استدل به ، وتقريره أنه في تلك الحال التي أوصى الموصى وهي حال حياته كما أنه لايصح فيها رد الورثة للوصية ، فكذا لاتصح فيها اجازتهم ، فاجاب بالفرق المذكور بين الرد في تلك الحال والاجازة ، فان الوصية مستمرة ببقاء الموصى عليها ، والاستمرار يجرى مجرى تعددها حالاًفحالا

فلو فرض الرد في أثناء هذه ، فان ما بعده في حكم تجدد عقد آخر من حيث اقتضاء الاستمرار ذلك ، فلاتأثير للرد حينئذ في تلك الحال ، بخلاف الرد بعد الموت ، لانقطاع الاستمرار بالموت فيؤثر ، وبخلاف الاجازة حال الحياة ، لأن الاجازة حق له ، وقد أسقطه فلاوجه لاستمراره ، وأنت خبير بأن الأصل في ذلك النص ، وهذه تصلح وجوهاً له كما تقدم ، والله العالم .

الثالث : المفهوم من كلام الأصحاب (رضي الله عنهم) من غير خلاف يعرف أن اجازة الوارث للوصية بمازاد عن الثلث بعد الموت تنفيذ ، لما أوصى به الموصي ، لا بابتداء عطية من الوارث ، باعتبار انتقال الحق اليه بالموت ، أما قبل الموت فلا اشكال في ذلك ، لأن الوارث لايملك ، فلايمكن احتمال العطية منه ، وانما محل الكلام بعد الموت ، لما عرفت من انتقال الحق الى الوارث بالموت ، والأصحاب كما ذكرنا ، على أنه تنفيذ لاعطية ، قال في المسالك وهو مذهب الأصحاب ، لايتحقق فيه خلاف بينهم ، وانما يذكر الآخر وجهاً أو احتمالاً ، وانما هو قول العامة والمرجح عندهم ما اخترناه أيضا ، انتهى .

وعلّل القول المشهور بأن الملك باق على المريض لم يخرج عنه بمرضه ، فيصح تصرفه فيه لمصادفته الملك ، وحق الوارث إنما يثبت في ثانى الحال فأشبه بيع شقص الشفيع وارث الخيار ، حيث تترتب عليه اجازة المبيع ، فانه لايكون ابتداء بيع ، بل تنفيذ لما فعل سابقاً ، وأيضا فان الوارث ليس بمالك ، وثبوت حق

الاجازة له لا يقتضي الملك ، لأن الحق أعم منه ، فتصرف الموصي في حكمه ، واجازة الوارث في معنى اسقاط حقه ، ولأنه لو برأ من مرضه نفذت تصرفاته المنجزة مع كونها كانت متوقفة على اجازة الوارث كالوصية ، ولم يفتقر الى الاستيناف فدل على اعتبار ما وقع من الموصي لا على فساده ، وبهذا ترجح كونها تنفيذاً ، ومما علل به الاحتمال الآخر ، انتقال الحق الى الوارث بالموت ، وزوال ملك الموصي ، وأن تصرف الموصي في الزائد عن الثلث منهي عنه ، والنهي يقتضي الفساد ، لأن الزيادة حق الورثة فيلغوا تصرف الموصي فيها ، وتكون العطية من الوارث .

وأجاب عن ذلك في المسالك بالمنع من كون التلفظ بالوصية منهياً عنه ، وكون النهي في ذلك يقتضي الفساد ، ولو سلّم فانما يقتضيه لو لم يخبر الوارث ونمنع من كون الزيادة حقاً للورثة ، بل هي ملك الموصي ، غايته أن حقهم قد تعلّق بها ، ومع الاجازة تسقط كاجازة المرتهن تصرف الراهن ، انتهى .

أقول : لا يخفى عليك ما في هذه التعليلات العليلة من الطرفين ، من عدم الصلوح لتأسيس الأحكام الشرعية في البين ، إلا أن ما علّل به الاحتمال المذكور وان كان خلاف ما عليه الجمهور هو الأقرب الى الأخبار ، والأنسب بالاعتبار .

ومما يدل على ما ادعاه من زوال ملك الموصي عن الزائد ، وأن تصرفه منهي عنه ، قوله عليه السلام في رواية حمران المتقدمة « لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك ، فلا يجوز له ذلك » ومما يؤيد ذلك أيضا قوله عليه السلام في مكاتبة أحمد بن اسحاق المتضمنة للاجازة بعد الموت « فان تفضلتم وكنتم الورثة كان جائزاً لكم » والمراد الاجازة لما زاد على الثلث ، فان فيه نوع اشارة الى أن ذلك عطية منهم للموصى له ، وتفضل منهم عليه ، ويحتمل أن يكون ذلك بالنسبة الى الموصي باجازة وصيته ، فيكون التفضل عليه .

وبالجملة فان الأقرب الى الاعتبار والأنسب بالأخبار ، هو ما علّل به الاحتمال المذكور ، وجميع ما أجيب به عنه وما علّل به القول المشهور لا يخلو من القصور ،

إلا أنه لاثمرة مهمة في التشاغل برده وبيان مافيه ، وقد ذكروا أيضاً جملة من الفروع المترتبة على القولين ، أكثرها لايخلو من مناقشة في المبنى ، طويناها على عزها ، وأعرضنا عن ذكرها ، ونشرها ، من أرادها فليرجع الى مطولاتهم (رضوان الله عليهم) .

الرابع : قد صرحوا بأن المعتبر من الثلث وقت الوفاة ، لاوقت الوصية ، فلو كان موسراً حال الوصية ثم افتقر وقت الموت ، أو بالعكس ، كان الاعتبار بحال الموت في كل من الصورتين ، قالوا : ولا اشكال في ذلك فيما لو كان الموصى به قدراً معيناً كعين معينة ، أومائة درهم مثلاً أو جزءاً من التركة مع كونه حال الموت ، أقل منه حال الوصية ، وانما الاشكال فيما لوأوصى بجزء من التركة كالربع أو الخمس أو الثلث ، وكان في وقت الوصية فقيراً ثم أيسر وقت الموت ، فصار ذلك الجزء الموصى به مالاً كثيراً ، ربما دلّت القرائن على عدم ارادته ، حيث لاتكون الزيادة متوقعة غالباً .

أقول : والظاهر عندي ضعف هذا الاشكال ، وأنه بمحل من الاضمحلال ، فان مقتضى اطلاق الوصية دخول هذا الفرد ، وهذه الكثرة التي ربما يتوهم عدم انصراف الاطلاق اليها معلومة للموصي وقت الوفاة والاعتبار كما عرفت ، إنما هو بوقت الوفاة ، فعدم العدول عن الوصية السابقة على ذلك مع علمه ومعرفته بهذه الكثرة ، يقتضي العمل باطلاق الوصية ، ودخول هذا الفرد فيها ، والله العالم .

الخامس: الظاهر أنه لاخلاف في دخول الدية وأرش الجناية في الوصية لو أوصى ثم قتله قاتل أو جرحه ، فان وصيته ماضية من ثلث التركة ، وثلث الدية ، وأرش الجناية ، وتدل على ذلك جملة من الأخبار .

منها ما رواه في الكافي والفقيه عن محمد بن قيس (١) في الصحيح « عن

(١) الكافي ج ٧ ص ٦٣ ح ٢١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٧ ح ٨٢٢ ، الفقيه ج ٤ ص ١٦٨ ح ٥٨٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٢ ح ١ .

أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له : رجل أوصى لرجل بوصية من ماله ثلث أو ربع ، فقتل الرجل خطأً يعني الموصي فقال : تجاز لهذا الوصية من ميراثه ومن ديته » وفي الفقيه وفي خبر آخر «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى بثلث ماله ، ثم قتل خطأً فقال : ثلث ديته داخل في وصيته » .

وما رواه في التهذيب في الصحيح عن محمد بن قيس (١) «عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لرجل بوصية مقطوعة غير مسماة من ماله ثلثاً أو ربعاً أو أقل من ذلك أو اكثر ، ثم قتل الموصي بعد ذلك فودّي فقضى في وصيته : أنها تنفذ من ماله ومن ديته كما أوصى » .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن السكوني (٢) « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام من أوصى بثلثه ثم قتل خطأً ، فثلث ديته داخل في وصيته » .

وربما أشكل الحكم المتقدم بأن المعتبر من الثلث ما كان وقت الوفاة بما ذكر هنا من دخول ثلث الدية في الوصية ، مع أن استحقاق الدية إنما يثبت بالموت ، فهي متأخرة عن الموت ، ويمكن الجواب عن ذلك بأن الحكم المذكور أولاً انما هو من كلام الأصحاب ، ومرادهم انما هو المنع من الاعتبار بحال الوصية ، بل العبرة بالموت ، يعني حصول الثلث حال الموت ، والدية وان كانت لاتستقر إلا بعد الوفاة فهي في الحقيقة متأخرة عنها ، إلا أنها مقارنة للموت ، فلا ينافي ما اعتبروه من وقت الوفاة ، لصدق الاطلاق عرفاً على هذا الوقت أنه وقت الموت ، وكيف كان فالعمل على ما دلت عليه النصوص المذكورة .

بقي الكلام في أن مورد هذه الروايات الديّة في قتل الخطأ ، فانه هو موجب للديّة خاصة ، مع تصريح الأخبار به ، فديّة الخطأ هي التى تدخل في

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢٠٧ ح ٨٢٣ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ١١ ح ٧ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٧ ح ٨٢١ ، الفقيه ج ٤ ص ١٦٩ ح ٥٨٩ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٣ ح ٣ و ص ٣٧٢ ح ٢ .

الوصية ، ويؤخذ منها الثلث ، وأمّا الدية المأخوذة في العمد فهل تدخل في ذلك أم لا ؟ اشكال ، سواء قلنا بأن العمد موجب لأحد الأمرين ، القصاص أو الدية ، أو أن الدية انما تثبت صلحاً ، والصلح لا يتقيد بالدية ، بل يصلح بزيادة منها ونقصان ، فيكون القول بذلك أبعد ، وظاهر الأصحاب القول بدخولها ، قال في القواعد : ولوقتل خطأً أو استحق أرشاً خرجت الوصية من ثلث تركته وثلث ديته وأرشه ، وكذا العمد اذا تراضوا بالدية .

وقال في المسالك ـ بعد قول المصنّف « ان وصيته ماضية من ثلث تركته وديته وأرش جراحته » ما صورته : ويظهر من قوله عليه السلام « وديته » أن الحكم مخصوص بقتل الخطأ ، لأنه هو الموجب للدية على الاطلاق ، وأمّا العمد فان قيل : انه يوجب أحد الأمرين القصاص أو الدية دخل في العبارة ، لأن الدية أحد الأمرين المترتبين على الوفاة المستندة الى القتل ، فكانت الدية مقارنة للوفاة كالخطأ وان كان لها بدل ، وأما على قول المشهور ، من أن موجب العمد هو القصاص ، وانما تثبت الدية صلحاً ، والصلح لايتقيد بالدية ، بل يصلح بزيادة عنها ونقصان ففي دخوله في العبارة تكلف ، وقد يندفع بأنه حينئذ عوض القصاص الذي هو موروث عن المجني عليه ، وعوض الموروث موروث ، وربما أشكل من وجه آخر وهو أن الموروث انما هو القصاص وليس بمال ، فلايتعلق به الحق المالي المترتب على مال الميت ، ويندفع بأنه بقبوله المعاوضة بالصلح على مال في قوة الحق المالي وزيادة ، انتهى .

أقول : الواجب هو تحقيق الحكم الشرعي في ذلك ، وأنه هل تدخل دية العمد في هذا الحكم أم لا ؟ سواء دخلت في عبارة المصنف أم لا ، وتطويل هذا الكلام في تكلّف دخولها تحت عبارة المصنف لايجدى نفعاً ، إلا مع قيام دليل على هذه القاعدة التي بنوا عليها ، وهو أن المعتبر من الثلث ماكان مالا للميت حال الوفاة ، دون ماتقدم عليها وما تأخر عنها ، مع انهم لم يستندوا فيه الى دليل ،

والروايات الواردة في المسئلة كما عرفت موردها انما هو دية الخطأ لتصريحها بذلك ، ودية العمد سيما على القول المشهور من أنه لا ينتقل الى الدية إلا بطريق الصلح الذي هوعبارة عن التراضي بمال زاد ، عن الدية أو نقص عنها مما هو خارج عن مقتضى قاعدتهم المذكورة ، إذ الظاهر أن هذا الصلح وما يترتب عليه متأخر عن وقت الوفاة ألبتة ، فلا يصدق عليه أنه مال الميت ، وقت الوفاة ، وقد صرح في الدروس بعدم اعتبار مايتجدد بعد الوفاة ، وهذا الصلح وما يترتب عليه انما تجدد بعد الوفاة ، وادخالها بهذه التكلفات التي ارتكبها وذكرها (قدس سره) ظاهر الضعف ، بل البطلان ، سيما مع ماعرفت من أن اثبات الأحكام الشرعية بهذه التخريجات الوهمية مما لاينبغي النظر اليه ، ولا العروج عليه ، هذا بناء على قاعدتهم ، وأمّا بالنظر الى الأخبار فقد عرفت اختصاص موردها بدية الخطأ ، ونحوها الأرش ، إلا أنه قد ورد في جملة من الأخبار ما يدل على أنه يجب وفاء الدين من الدية ، وان أخذت صلحاً ، كما في رواية عبدالحميد بن سعيد (١) «قال : سألت أباالحسن الرضا عليه السلام عن رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالاً وأخذ أهله الدية من ماله ، أعليهم أن يقضوا الدين ؟ قال : نعم ، قلت : وهو لم يترك شيئاً ، قال : انما اذا أخذوا الدية ، فعليهم أن يقضوا الدين» .

ورواية يحيى الازرق (٢) «عن أبى الحسن عليه السلام في رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالاً فيأخذ أهله الدية من قاتله ، عليهم أن يقضوا دينه ؟ قال : نعم ، قلت : وهو لم يترك شيئاً ؟ قال : انما أخذوا الدية فعليهم أن يقضوا دينه» .

وفي رواية أبى بصير (٣) «عن أبى الحسن موسى بن جعفر عليه السلام قلت : فان

(١) التهذيب ج ٦ ص ١٩٢ ح ٤١٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ١١١ ح ١ .
(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٦٧ ح ٥٨٤ .
(٣) الفقيه ج ٤ ص ٨٣ ح ٢٦٤ عن على بن ابى حمزه .
وهما فى الوسائل ج ١٣ ص ١١١ ح ١ و ص ١١٢ ح ٢ .

هو قتل عمداً وصالح أولياؤه قاتله على الدية ، فعلى من الدين ؟ على أوليائه من الدية أو على امام المسلمين ؟ فقال : بل يؤدوا دينه من ديته التى صالحوا عليها أولياؤه ، فانه أحق بديته من غيره » .

والأولان دلالتهما على المدعى من حيث الاطلاق ، والثالث صريح في ذلك ، ووجوب قضاء الدين منها انما هو من حيث كونها من جملة أمواله وان تأخر استحقاقها عن موته ، فكما يقضى منها ديونه ، تنفذ منها وصاياه ، ومن هنا صرح الأصحاب بأن الدية في حكم مال الميت ، سواء وجبت اصالة أو صلحاً .

قال في المسالك : اذا قتل الشخص عمداً وعليه دين ، فان أخذ الورثة الديّة صرفت في ديون المقتول ووصاياه كغيرها من أمواله ، لما تقدم غير مرة من أن الديّة في حكم مال الميت ، سواء وجبت أصالة أو صلحاً الى آخر كلامه (زيد في اكرامه) ذكر ذلك في كتاب الديات ، وحينئذ يزول الاشكال بالنسبة الى دخول دية العمد في الحكم المذكور .

وانما يبقى الاشكال فيما اعتبروه من اعتبار الثلث بوقت الوفاة ، مع أنه في صورة الصلح على القصاص بأخذ المال انما يكون متأخراً عن الوقت المذكور ، إلا أن ما ذكروه من الحكم المذكور انما هو من مجرد اصطلاحهم واتفاقهم ، وكيف كان فالعمل على ما دلّت عليه الأخبار ، وافق كلامهم أم لا ، والله العالم .

المسئلة الثالثة : قد صرح الأصحاب (رضي الله عنهم) بأنه لو أوصى بالمضاربة بتركته أجمع أو بعضها على أن نصف الربح للوارث ، ونصفاً للعامل صح ، وظاهر هذا الكلام إنما صحة الوصية بالمضاربة على الوجه المذكور ، أعم من أن يكون الورثة كلهم من البالغين المكلفين ، أو الأطفال أو المجانين ، أو من القسمين معاً .

والذى وقفت عليه من الأخبار المتعلّقة بذلك ما رواه في الكافي عن محمد

بن مسلم (١) في الموثق « عن أبيعبدالله عليه السلام أنه سئل عن رجل أوصى الى رجل بولده وبمال لهم، وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال وأن يكون بينه وبينهم، فقال: لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي ».

ورواه الشيخان الآخران أيضاً عن خالد بن بكير الطويل (٢) « قال: دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال يابني: اقبض مال اخوتك الصغار واعمل به، وخذ نصف الربح واعطهم النصف، وليس عليك ضمان، فقدمتنى أم ولد أبي الى ابن أبي ليلى، أن هذا يأكل أموال ولدي قال: فاقتصصت عليه ما أمرني به أبي فقال: ابن أبي ليلى ان كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه، ثم أشهد عليّ ابن أبي ليلى إن أنا حركته فاناله ضامن، فدخلت على أبي عبدالله عليه السلام فقصصت عليه قصتي، ثم قلت له: ماترى؟ فقال: امّا قول ابن أبي ليلى فلا أستطيع رده، وأما فيما بينك وبين الله عزوجل، فليس عليك ضمان ».

رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح أو الحسن الى خالد بن بكير المذكور وهومجهول، وصريح الرواية الثانية، وظاهر الرواية الأولى كون المال المذكور للأطفال، لأن ظاهر قوله في الأولى « أوصى الى رجل بولده وبمالهم » أي جعله قيّماً عليهم ووليا يقوم بتدبيرهم، وهوظاهر في كونهم صغاراً كما لايخفى، ولأن الوصية بالبالغ غيرصحيحة، واطلاق الوصية يحمل على الصحيحة، وبذلك يظهر أن ما أطلقه ألاصحاب لايخلو من الاشكال، الا أن يقال: ان يكون من قبيل العقد الفضولي، فان شاء الوارث البالغ أجازه، وكان عليه الوفاء بمقتضاه من دفع الحصة الى العامل، ومع ذلك فهو عقد جائز له فسخه متى شاء، لماتقدم من أن المضاربة من العقود الجائزة، دون اللازمة، وأما ان كان لمولى عليه، فانه

(١) الكافي ج ٧ ص ٦٢ ح ١٩، الفقيه ج ٤ ص ١٦٩ ح ٥٩٠.
(٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٣٦ ح ٩١٩، الفقيه ج ٤ ص ١٦٩ ح ٥٩١، الكافي ج ٧ ص ٦١ ح ١٦.
وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٨ ح ١ و ٢.

لااشكال في صحة المضاربة ، كما ينادى به قوله في موثقة محمدبن مسلم « لابأس به ، من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي » ومرجعه الى أن الأب ولي جبرى فتمضى تصرفاته اذا لم تخرج عن الوجه الشرعي ، ويستمر الحكم بالصحة الىبلوغ المولىعليه ، فاذا كمل كان له فسخ المضاربة ، لأنها عقد مبني علىالجواز وتحديد الموصى لها بمدة لاترفع حكمها الثابت لها بأصل الشرع وانما تظهر الفائدة في التحديد بمدة ، هو المنع من التصرف بعد تمام المدة ، لا التزام بها في تلك المدة مع كونها جائزة شرعاً ، ولايكون الفسخ بعد البلوغ تبديلاً للوصية وتغييراً لها ، وهو منهي عنه ، لأن التبديل انما هو في العمل بخلاف مقتضاها ، وهنا ليس كذلك ، لأنه لما أوصى بعقد جائز فقد عرض العامل للفسخ في كل وقت ممكن ، عملاً بمقتضاه ، فالفسخ لايكون تبديلاً للوصية .

اذاعرفت ذلكفاعلمأن ماذكرناه منالوصية بالمال كلاًأو بعضاً هوالمشهور .

وقال ابن ادريس في كتابه : وقد روي أنه اذا أمرالموصىالوصي أن يتصرف في تركته لورثته ويتجر لهم بها ، ويأخذ نصف الربح ،كان ذلك جائزاً وحلالاً له نصف الربح ، أورد ذلك شيخنا في نهايته ، إلا أن الوصية لا تنفذ إلا في ثلث ماكان يملكه الميت قبل موته ، والربح تجدد بعد موته ، فكيف تنفذ وصيته ، وقوله فيه وفي الرواية نظر ، انتهى .

وظاهره تخصيص الوصية بالتصرف بالثلث فمادونه ، دون ما زاد على ذلك وأنت خبير بأنه علىما قلناه من اختصاص الروايتين بما اذاكان المال لمولى عليه كالأولاد الصغار ، فانه ليس في العمل بالخبرين كثير مخالفة لمقتضى الاصول الذى طعن به ابن ادريس ومن تبعه ، فان ولاية الأب على أطفاله والوصية بهم وبما ينبغي في أموالهم مما لهم فيه المصلحة غير منكور ولاممنوع شرعاً ، وغاية ماربما يقال : حصول التعريض في مالهم للتلف وهو غير قادح ، لأن الواجب على العامل مراعاة الحفظ ، وما فيه مصلحة العمل بالمال حسب الامكان .

ويؤيده ماورد من جواز الاتجار به لليتيم من الولي رواية أبي الربيع (١) « قال : سئل أبوعبدالله عليه‌السلام عن الرجل يكون في يده مال لأخ له يتيم وهو وصيّه أيصلح له أن يعمل به ؟ قال : نعم كما يعمل بمال غيره ، والربح بينهما ، قال : قلت : فهل عليه ضمان ؟ قال : لا اذا كان ناظراً له » .

وبالجملة فان المدار في العمل على الأخبار ، ولا يلتفت الى هذه الاستبعادات في مقابلتها ، ومع تسليم مايدعونه من خروجها عن القواعد والاصول المقررة في باب الوصية ، فانه يجب تخصيص تلك القواعد بها ، كما تقدم نظيره في غير مقام ، على أنه لايخفى أن مورد الأخبار الدالّة على أنه ليس للموصى أن يوصي بأزيد من الثلث وأنه يستحب أن يوصى بالأقل منه ، انما هو فيما اذا أوصى لنفسه أو غيره بشيء من التركة ، واختص به عن الورثة بحيث أنه قد فات على الورثة ونقص من التركة ، كما علّل به من أنه ليس له من ماله بعد الموت ، إلا الثلث .

وما نحن فيه هنا ليس من هذا القبيل ، فانه لم يختص بشيء من التركة ، ولم يأخذ منها شيئاً ، وانما هذه الوصية بمصلحة ترجع الى الورثة ليس له منها قليل ولا كثير ، وهـذا المال الذي أوصى به سواء كان جميع التركة أو بعضها انما هومال الورثة ، لم يخرج عن ملكهم بالوصية كما في غيره من الوصايا التي قاسوا عليها وقيدوها بالثلث ، بل هـو باق على ملكهم ، وانما تعلّقت الوصية بالتصرف فيه لأجل تحصيل مصلحة لهم ، وهو الانتفاع بالربح .

وقد عرفت أنه متى كانوا أطفالاً ، فهو الولي عليهم ، والناظر في مصالحهم حياً وميتاً ، وله بعد الموت الوصية بذلك ، وان كانوا بالغين فهذه الوصية لاتمضي عليهم ، فان شاؤا رضوا وان شاؤا أبوا وامتنعوا ، وأي منافاة في ذلك للقواعـد المقررة عندهم .

---

(١) الوسائل ج ٦ ص ٥٨ ح ٦ .

المسئلة الرابعة الظاهر أنه لاخلاف بين الأصحاب (رضوان الله عليهم) في أن الواجب المالي أعم من أن يكون مشوباً بالبدن كالحج أم لا ؟ كالزكاة والكفارات والخمس ونذر المال ، يجب خروجه من الأصل ، أوصى به أولم يوص، لتعلقه بالمال حال الحيوة .

أمّا الواجب البدني المحض كالصلاة والصوم فانه انما يخرج من الثلث اذا أوصى به ، فيكون حكمه عندهم حكم التبرعات الموقوف اخراجها على الوصية بها من الثلث ، وقيل بخروجه من الأصل كالواجب المالي من غير فرق ، والأخبار بوجوب اخراج الواجب المالي وان كان مشوباً بالبدن من الأصل متكاثرة ، قد تقدمت في كتاب الحج وكتاب الزكاة والخمس وكتاب الديون .

أمّا الواجب البدني فلم أقف فيه على نص بنفي ولا اثبات ، لكن الظاهر أن مبنى كلام الأصحاب في الفرق بين الأمرين ، هو أن الواجب المالي ـ وان كان مشوباً بالبدن في بعض الأفراد ـ ، لما كان متعلّقا بالمال حال الحياة وجب اخراجه بعد الموت من المال ، وتخرج الأخبار المشار اليها شاهداً على ذلك .

وأمّا الواجب البدني فانه لما كان متعلّقه في حال الحياة إنما هو البدن ، وبعد الموت مع عدم الوصية به يتعلّق الخطاب به بالولي ، فمع عدم الولي وعدم الوصية لادليل على وجوب الاخراج ، كما ادعاه ذلك القائل المتقدم ، ولنا في هذا المقام تحقيقات حسنة ، قد تقدمت في كتاب الصلاة في المطلب الثاني في القضاء عن الأموات في الباب الرابع في اللواحق من الكتاب المذكور (١) وكذا في كتاب الحج في المسئلة الثانية من المقصد الثاني في حج النذر (٢) وقد تضمنت دفع شبهات الأقوال المخالفة لما عليه الأصحاب مع تحقيق حسن في الباب .

واختلف الأصحاب في وجوب الوصية بالواجب البدني لولم يكن وصي

(١) ج ١١ ص ٥٧ .
(٢) ج ١٤ ص ١٩٦ .

يقضيه عنه ، قال في المسالك : والأقوى وجوب الوصية به على المريض ، كغيره من الواجبات ان لم يكن له ولي يقضيه عنه ، وربما قيل : بعدم وجوب الوصية به لأن الواجب فعله بنفسه أو بوليه لانتفاء الدليل على ماسوى ذلك ، وفيه أن علمه بوجوبه واستحقاق العقاب على ترك الواجب اختياراً مع قدرته على براءة الذمّة منه يوجب وجوب الوصية ، ليخرج من العقاب بتركه ، فان دفع الضرر عن النفس واجب .

نعم لو كان فوات الواجب لابتفريط كالغفلة عن الصلاة مع عدم القدرة على القضاء حال الوصية ، احتمل عدم وجوب الوصية ، اذ لاعقاب على ذلك التفويت ، ولا دليل على وجوب الوصية بالقضاء انتهى ، وفي الكفاية قال : الأقرب العدم .

أقول : الظاهر قوة ما اختاره في المسالك ، لظاهر الأخبار المتقدمة الدالّة على أن الوصية حق على كل مسلم ، فان ظاهر لفظ «على» الوجوب ، كما ذكرناه في الفائدة الأولى من الفوائد التي ذيلنا بها تلك الأخبار ، ويزيد ذلك تأييداً ما ذكره شيخنا المشار اليه من التعليل ، فانه جيد وجيه كما لايخفى على الفطن النبيه ، وما قربه في الكفاية من العدم ضعيف .

اذا عرفت ذلك فاعلم اذا اجتمعت في الوصية حقوق واجبة مالية وبدنية ، وتبرعات ، فان الواجب المالي كما عرفت يخرج من الأصل ، وما عداه يخرج من الثلث مقدماً للواجب البدني على المتبرع به ، مرتبا في الواجب البدني لو تعدد، الأول فالأول ، ثم المتبرع به كذلك ان قام به الثلث ، أو أجاز الوارث ، والاسقط، ومع اجازة الوارث الجميع ، فالحكم كما ذكر ، ومع اجازته البعض يكون مخرجه عن الأصل ، فيبدأ به كالواجب المالي ، لكن لو ضاق المال عنها أعني عن الواجب وعن المجاز ، قدم الواجب ، لاشتغال الذمة به ، ولو لم يكن فيها واجب بل الجميع من الوصايا المتبرع بها قدم الأول فالأول حتى يتم الثلث ، سواء رتب بينهما بلفظ «ثم» أو «الفاء» ، أو اقتصر على مجرد الترتيب الذكري ، وان عطف

بالواو فانه في حكم ذلك ، والوجه فيه أن الوصية الصادرة أولاً نافذة ، لوقوعها من أهلها ، وهكذا ما بعدها الى أن يستوفي الثلث ، فتبطل في الزائد .

أمّا لوجمع بأن ذكر أشياء متعددة ، ثم أوصى بالمجموع من غيرأن يرتب في الوصية ، أو قال : أعطوا فلاناً وفلاناً وفلاناً مائة ، أو قال : بعد الترتيب لاتقدموا أحداً على أحد ، ثم نقص الثلث في هذه الصورة ، فانه يوزع النقص على الجميع بالنسبة ، كما في مسئلة العول .

والذي وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بهذا المقام رواية حمران (١) المتقدمة في المسئلة الأولى «عن أبي جعفر عليه‌السلام في رجل أوصى عند موته ، وقال: اعتق فلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسة ، فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمة المماليك الخمسة التي أمر بعتقهم ، قال : ينظر الى الذين سماهم ويبدأ بعتقهم فيقومون ، وينظر الى ثلثه فيعتق منه أول من سمي ، ثم الثاني ثم الثالث ، ثم الرابع ثم الخامس فان عجز الثلث كان ذلك في الذي سمى أخيراً ، لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث مالا يملك ، فلا يجوز له ذلك» ومورد الرواية وان كان انما هو الوصية بالعتق دون الوصية بغيره ، إلا أن ظاهر الأصحاب حيث استدلوا بها هنا عدم الفرق بين الأمرين .

قال في المسالك : واعلم أنه لافرق في هذا الحكم بين العتق وغيره من التبرعات ، خلافاً للشيخ وابن الجنيد حيث قدما العتق وان تأخر ، ولا بين أن يقع الترتب متصلاً في وقت واحد عرفي ، أو في زمانين متباعدين كغدوة وعشية ، خلافاً لابن حمزة حيث فرق بينهما ، فحكم في الأول كما ذكره الجماعة ، وجعل الثاني رجوعاً عن الأول ، إلا أن يسعهما الثلث ، فينفذان معاً وهو شاذ ضعيف المأخذ ، انتهى .

أقول : يمكن أن يستدل لما ذكره الشيخ وابن الجنيد بتقديم العتق على

(١) الكافي ج ٧ ص ١٩ ح ١٥ ، التهذيب ج ٩ ص ١٩٧ ح ٧٧٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٧ ح ١ .

غيره من التبرعات، وان وقع متأخراً بمارواه المشايخ الثلاثة (قدس الله ارواحهم) عن محمد بن مسلم (١) في الموثق «عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه، وأوصى بوصية وكان أكثر من الثلث، قال: يمضى عتق الغلام، ويكون النقصان فيما بقي» وأجيب عن ذلك بأنه محمول على تقديم العتق كما هو ظاهر الترتيب الذكرى في الخبر، فالتحقيق عندي في الجواب أن العتق هنا من المنجزات، لأنه وقع حال الحياة، والمنجزات مقدمة على الوصايا.

نعم الخلاف فيها مشهور بأن مخرجها من الأصل أو الثلث، وظاهر هذا الخبر لا يخلو من اشتباه في ذلك ايضا، والتحقيق هنا أن الأخبار في هذه المسئلة أعنى مسئلة المنجزات بالنسبة الى العتق وأن مخرجه من الأصل أو الثلث لايخلو من اشتباه وتعارض، كما أشار اليه أيضاً المحدث الكاشاني في الوافي، وأما غير العتق من المنجزات فالحكم فيه كما أخترناه من الخروج من الأصل من غير اشكال.

المسئلة الخامسة: لو أوصى لزيد بثلث من التركة، ولعمرو بربع منها، ولثالث بخمس منها صحت الوصية في الأول خاصة، لاستيعابها الثلث، النافذ بدون الاجازة، ورعاية لما تقدم من الأول مع تجاوز الثلث، وبطلت فيما عداه، وقيل: ان الوصية المتأخرة تقتضى الرجوع عما قبلها، قال: الشيخ في الخلاف اذا أوصى لانسان بثلث ماله، ثم أوصى بثلث ماله لغيره ولم تجز الورثة، فان الوصية الثانية رافعة للأولى وناسخة لها، واستدل باجماع الفرقة والأخبار.

وقال ابن إدريس: اذا أوصى بثلث ماله لشخص، ثم أوصى بثلث ماله لغير ذلك الشخص، كان الثلث للأخير، وتكون الوصية الثانية ناسخة للأولى، لأن الانسان لايستحق من ماله بعد وفاته إلاثلث ماله، فاذا أوصى به لانسان، ثم أوصى به بعد ذلك لآخر، فقد نقل الثلث الذي يستحقه من الأموال الى الثاني، لأنه يعلم أنه لايستحق سوى الثلث، فاذا أوصى به ثم وصى به، فقد رجع عن الاول،

---

(١) الكافي ج ٧ ص ١٧ ح ٥، التهذيب ج ٩ ص ١٩٤ ح ٧٨٠، الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٨ ح ١.

فهذا يعني قول أصحابنا : أنه اذا أوصى بوصية ، ثم أوصى بأخرى فان أمكن العمل بهما جميعاً وجب العمل بهما ، وان لم يمكن كان العمل على الأخير .

فأمّا اذا أوصى بشيءآخر ولم يذكر الثلث ، فان مذهب أصحابنا أن يبدأ بالأول فالأول ويكون النقصان ان لم يف الثلث داخلا على الأخير ، لأنه لما أوصى للأول ماقال أوصيت له بثلثي ، وكذا الثاني والثالث ، فظن أن ثلثه يبلغ مقداره جميع ما ذكره ، ويفي بما ذكر ، لأنه يعلم أنه ليس بعد موته سوى الثلث فاذا استوفاه دخل النقص على الأخير ، فهذا فرق بين المسئلتين ، فلايظن ظان اتحادهما ، ولا أن مذهب أصحابنا أن الثانية ناسخة للأولى في جميع المواضع ، ولا أن الواجب البدأة بالأول فالأول في الجميع ، انتهى .

أقول : ما ذكره من الفردين المذكورين الذي يكون الحكم في أحدهما الرجوع بالوصية الثانية عن الأولى ، وحكم الآخر صحة الأول فالأول لاشك فيه كماهو المفهوم من كلام غيره ، وانما الكلام فيما فرضه أولاً من قوله اذا أوصي بثلث ماله لشخص ، ثم أوصى بثلث ماله لآخر ، فان ذلك رجوع عن الوصية الأولى حسب ماذكره الشيخ في الخلاف ، فانه خلاف ماصرحوا به ، وماهو الظاهر من كلام المتأخرين ، فان ظاهر كلامهم أن هذا لايقتضى الرجوع ، بل يكون من قبيل ما يحكم فيه بصحة الوصية أولاً فأولاً ، وانما الذى يقتضى الرجوع اضافة الثلث الى نفسه مثلا ، كأن يقول ثلثي أو الثلث الذي أستحقه ، وأما مجرد ذكر ثلث المال من غير أن يضيفه الى نفسه ، فلا .

قال المحقق في الشرايع : لوأوصى لشخص بثلث ، ولآخر بربع ، ولآخر بسدس ولم يجز الورثة أعطى الأول وبطلت الوصية لمن عداه ، قال الشارح : انما صحت الوصية للأول خاصة لاستيعابها الثلث النافذ بدون الاجازة ، مع رعاية ما تقدم من وجوب تقديم الأول فالأول مع تجاوز الثلث ، ولايتوهم هنا أن الوصية المتأخرة تقتضى الرجوع عما قبلها ، لأن الرجوع لايثبت بمجرد الاحتمال ، بل

لابد له من لفظ يدل عليه ، ومجرد الوصية بما زاد على الثلث ثانياً وثالثاً أعم من الرجوع عن الأولى وعدمه ، فلا يدل عليه .

أقول : قوله « ولايتوهم هنا . . . الى آخره » خرج مخرج الرد على ما ذكره ابن ادريس ، والشيخ في الخلاف فيما قدمنا نقله عنهما ، ثم انه قال المحقق أيضاً : ولو أوصى بثلثه لواحد ، وبثلثه لآخر ، كان ذلك رجوعاً عن الأول الى الثاني ، قال الشارح : الفرق بين هذه المسئلة والتي قبلها الموجب لاختلاف الحكم أن الثلث المضاف الى الموصى هو القدر النافذ ، والنافذ فيه وصيته شرعاً ، فاذا أوصى به ثانياً فقد رجع عن الوصية الأولى ، لان ليس له ثلثان مضافان اليه على هذا الوجه ، فيكون بمنزلة مالو أوصى بعين لواحد ثم أوصى به لآخر ، بخلاف قوله لفلان ثلث من غير اضافة الى نفسه ، فانه متعلّق بجملة المال من غير أن ينسب الى ثلث النافذ فيه الوصية ، فاذا أوصى بعده بربع لايتبادر الى الفهم منه أنه نقض ذلك الثلث السابق ، بل الربع الذي هو خارج عن الثلث المتعلّق بأصل المال ، وكذلك السدس ، فيكون وصايا متعددة لاتضاد بينها ، فيبدأ بالأول منها فالأول حتى يستوفي الثلث عند عدم الاجازة ، انتهى .

وهو كما ترى صريح فيما قلناه ، واضح فيما ادعيناه ، وبالجملة فان مقتضى أنه ان كان الموصى به أشياء بعينه ، متغايرة أو مطلقة ومعينة ، فانه يبدأ فيها بالأول فالأول ، ولايكون الثاني رجوعاً عن الأول ، سواء زاد الأول عن الثلث أو نقص عنه ، وتكون الفائدة أنه لوأجاز الوارث الجميع نفذت الوصايا كلها ، ومنه مالوأوصى بثلث المال لشخص ، ثم أوصى بالثلث أو الربع لآخر ، بتقريب ما تقدم نقلة عن المسالك من قوله ، بخلاف قوله لفلان ثلث ، من غير اضافة الى نفسه الى آخره . وان اتحد العين كان الثاني رجوعاً عن الأول ، لامتناع اتحاد الملكين في عين واحدة ، ومن هذا ما أضاف الثلث الى نفسه ، فيكون الثانية ناسخة للأولى قطعاً ، بتقريب ما تقدم نقله عن المسالك من قوله أن الثلث المضاف الى

الموصي هو القدر النافذ فيه وصيته شرعاً الى قوله فيكون بمنزلة مالو أوصى بعين لواحد ، ثم أوصى به لآخر ، وما ذكره ابن ادريس في تعليل ما ادعاه من نسخ الأولى ـ من أن الانسان لايستحق من ماله بعد وفاته إلا الثلث ـ لاينافي تجويز الوصية بأزيد من الثلث ، لامكان الاجازة ونفوذها بذلك والاجازة على الأقوى عندهم ليست عطية ابتدائية وانما هي تنفيذ الوصية ، فيجوز أن يوصي معتمداً على اجازة الورثة فيكون الوصية صحيحة ، ولايزول هذا الحكم عنها إلا بلفظ يدل على الرجوع عما سبق وحكم بصحته ، وهو في هذا المثال ونحوه منتف ، فيحكم بصحة الجميع ، ويعمل في الزائد عن الثلث بمقتضى القاعدة المقررة من البدأة بالأول فالأول ، و هذا بخلاف قوله ثلثي باضافته الى نفسه ونحوه ، فان الرجوع هنا معلوم بالقرينة القوية ، لما تقدم في كلامه بقوله لأن الانسان لايستحق من ماله بعد وفاته إلا ثلث ماله ، واذا أوصى به لانسان إلى آخره .

وكيف كان فالمسئلة لخلوها عن النص لايخلو بعض شقوقها من الاشكال ، سيما في هذا الفرع ، ولهذا قد اختلف كلامهم واضطربت أفهامهم في هذه المسئلة .

قال في المسالك بعد البحث في المسئلة بنحو ماذكرناه ، واختيار ماحررناه من الفرق بين المسئلتين المتقدمتين في كلام المحقق ماصورته : واعلم أن كلام الأصحاب قد اختلف فيها اختلافاً كثيراً ، وكذلك الفتوى ، حتى من الرجل الواحد في الكتب المتعددة ، بل في الكتاب الواحد ، والعلامة في القواعد وافق المصنف على ما ذكره ـ في المسئلتين ، لكنه استشكل بعد ذلك في المسئلة الثانية ، وفي التحرير نسب الحكم في الثانية كذلك الى علمائنا ، وجعل فيه نظراً ، ووجه الاشكال والنظر مما ذكرناه ، ومن أن كل واحدة منها وصية يجب تنفيذها بحسب الامكان ، ولايجوز تبديلها مع عدم الزيادة ، ومجرد اضافة الثلث اليه ، لايقتضى الرجوع ، لان جميع ماله مادام حياً له ، فتصح اضافته اليه ، وانما يخرج عن ملكه بالموت ، ونحن نقول بموجبه ، إلا أنّا ندعي وجود القرينة في هذه الاضافة

على الرجوع ، ومن ثم لما أبدلها بالاضافة الى ماله فضلاً عن جعل الثلث مطلقاً شككنا في ارادة الرجوع ، فلم نحكم به ، وقدمنا الأول .

والمختلف اعتمد على اعتبار القرينة وعدمها ، كما حققناه ، وجزم بعدم وجودها في ثلث مالي ، ولم يتعرض للثلث المضاف الى الموصي ، بل اعتمد على القرينة ، ومع الشك فيها على عدم الحكم بالرجوع ، وهذا هو الحق في المسئلة

والمحقق الشيخ علي (رحمة الله عليه) في شرحه اعتمد في المسئلة على أصل آخر غير ما ذكرناه ، ورتب عليه الحكم ، وهو أن الأصل في الوصية أن تكون نافذة ، فيجب حملها على مايقتضي النفوذ بحسب الامكان ، وانما تكون الثانية نافذة ، فاذا كان متعلقها هو الثلث الذي يجوز للمريض الوصية به ، فيجب حملها عليه ، كما يجب حمل اطلاق بيع الشريك النصف على استحقاقه ، حملاً للبيع على معناه الحقيقي ، وحينئذ فيتحقق التضاد في مثل ما لو قال : أوصيت بثلث لزيد ، وبثلث لعمرو ، فيكون الثاني ناسخاً للأول ، فيقدم ، وأولى منه مالو قال بثلث مالي ، ثم فرع عليه أنه لو أوصى لزيد بثلث ، ولعمرو بربع ، ولخالد بسدس ، وانتفت القرائن أن تكون الوصية الأخيرة رافعة للأولى ، مع اعترافه بأنه مخالف لما صرح به جميع الأصحاب ، والحامل له على ذلك ما فهمه من أن اطلاق الوصية محمول على النافذة ، وأنت قد عرفت مما حققناه سابقا أن الأطلاق في الوصية وغيرها من العقود انما يحمل على الصحيح ، أما النافذ بحيث لايترتب عليه فسخ بوجه ، فلا اعتبار به قطعاً ، ألا ترى أن الوصية بجميع المال توصف بالصحة ، ووقوف مازاد على الثلث على الاجازة ، ولايقول أحد أنها ليست بصحيحة ، ولذلك لو باع بخيار حكم بصحة البيع ، وان لم يكن نافذاً ، بمعنى أنه لايستحق أحد فسخه ، وما مثل به من بيع الشريك النصف ، فانه محمول على استحقاقه ، لايؤثر هنا للفرق بينه وبين المتنازع فيه ، لأن جميع التركة مستحقة للموصي حال حياته اجماعاً ، فقد أوصى بما يستحقه ، ومن ثم حكموا بصحة وصيته بما زاد على الثلث،

وصحة هبته له ، وان توقف على اجازة الورثــة ، لأن ذلك لهم كالخيار للبايــع بالنسبة الى ملك المشترى ، بل اضعف ، للخلاف في أن الملك هل ينتقل اليه في زمن الخيار أم لا ؟ والاتفاق على أن التركــة مملوكة للموصي مادام حياً ، ومن ثم لزمت الهبة لو برء من مرضه ، وكانت الاجازة تنفيذ الوصية ، لاعطية متجددة ، على مختار أصحابنا ، وقد ادعى الشيخ في المبسوط عليه الاجماع ، وانما الخلاف فــي التنفيذ ، والعطية للعامــة ، وأصحابنا يجعلون العطية احتمالاً مرجــوحاً ، لا قــولاً .

و اذا تقــرر أن الاطــلاق محمول على الوصية الصحيحة ـ فكل وصية من المذكورات صحيحة ، سواءكانت نافذة أم لا ـ لم تدل الوصيه المتأخرة عن الوصية بالثلث على أنها ناسخة للسابقة ، ورجوع عنها ، بل على ارادة الموصى اعطاء كل واحــد ما أوصى له به ، وان توقف ذلك على اجازة الورثــة ، فان ذلك أمر آخر غــير الوصية المعتبرة شرعاً ، وقد ظهر بذلك أنه لاتضاد بين قوله أوصيت لزيــد بثلث ، ولعمرو بربع ، بطريق أولى، وانما يقع التضاد صريحاً اذا قال بعد الوصية لزيــد بثلث ، أوصيت لعمرو بالثلث الذي أوصيت بــه لزيد ، أو بثلثي أو بالثلث الذي جعله الله تعالى غير متوقف على اجازة ، ونحو ذلك ، وفي مثل قوله بثلثي لزيد ، ثــم بثلثي لعمــرو بالقرينة ، لابالتصريــح كما حققنا ، ثم نقل عــن الشيخ (رحمة الله) عليه أنه اتفق له في هذه المسئلة غرائب ، وشرح ذلك بما لامزيد فائدة في ذكره ، وانما نقلنا كلامه (قدس سره) بطوله لجودة محصوله في تحقيق المسئلة، زيادة على ما قدمناه ، والاطلاع على ما وقع لهم من الاختلاف في المسئلة ، زيادة على ما ذكرناه ، إلا أن الخلاف الذي ذكرناه أولاً بالنسبة إلى المسئلة الأولى من المسئلتــين المفروضتين في كلام المحقق ، والذي ذكــره (قدس سره) بالنسبة الى الثانية منهما ، والله العالم .

تذنيبـان :

الاول ـ لو اشتبه السابق في صـورة الوصية بالثلث لاثنين ، أحدهما بعـد الآخر فانه يستخرج بالقرعة ، كما حكم به الأصحاب ، لأنها لكل أمر مشتبه ، فان قلنا بأن الوصية للأول ، وأنه يلاحظ في الصحة الأول فالأول ، فانه يحكم بها للسابق وان قلنا بأن ذلك عدول وفسخ ، فانه يحكم بها للثانى ، وحينئذ فلافرق في كتابة الرقاع بين أن يجعل باسم السابـق أو المتأخر ، وصفتها أن تكتب في رقعـة اسم أحدهما وأنه السابق ، وتكتب في رقعة اسم الآخر وأنه السابق ، ويجمعان في موضع ويخفيان ، ثـم يخرج احـداهما فمن خـرج اسمه كان هوالسابـق ، وترتب عليه الحكم من استحقاق أو حرمان ، ولك أن تكتب عـوض السابق المتأخر في كل مـن الرقعتين ، والمرجع الى أمر واحد .

الثاني : لو أوصى بشيء واحد لاثنين كان يقول أعطوا زيداً وعمروا مائـة درهـم ، أو الدار الفلانية ، وكان ذلك أزيد من الثلث ، فان الشقص يدخل عليهما بالنسبة ، ولو جعل لكل واحد منهما شيئاً بأن يقول : أعطـوا زيداً خمسين درهما ، وأعطـوا عمروا خمسين درهماً ، أو أعطـوا زيداً نصف الدار ، وعمـروا نصفها ، وأنفق الزيادة على الثلث ، فانه يبدأ بالعطية الأولى ، ويدخل النقص على الثانية .

المسئلة السادسة : قال الشيخ في النهايـة : اذا أوصى بعتق جميع مماليكه ، وله مماليك بخصوصه ، ومماليك بينه وبين غيره ، أعتق من كان في ملكه ، وقوم من كان في الشركـة ، وأعطي حقه ان كان ثلثه يحتمل ، فان لم يحتمل أعتق منه بقدر مايحتمله ، وبه قال ابن البراج والعلامة في المختلف .

ويدل عليه مارواه المشايخ الثلاثـة (عطرالله تعالي مراقـدهم) بأسانيدهم وفيها الصحيح عن أحمد بـن زياد (١) وهو واقفي « عن ابـى الحسن عليه‌السلام » قال :

(٣) الكافـى ج ٧ ص ٢٠ ح ١٧ ، التهـذيب ج ٩ ص ٢٢٢ ح ٨٧٢ ، الوسـائل ج ١٣ ص ٤٦٣ ح ٢ .

سألته عن الرجل تحضره الوفاة وله مماليك لخاصة نفسه ، وله مماليك في شركة رجل آخر ، فيوصى في وصيته مماليكي أحرار ، ماحال مماليكه الذين في الشركة فقال : يقومون عليه ان كان ماله يحتمل ثم هم احرار » .

وقال ابن ادريس : الذي يقوى عندى أنه لايقوم من في الشركة ، بل يعتق منهم بقدر ما يملكه ، ولايعطى شريكه ثمن حصته ، وان احتمل ثلثه ذلك ، لأنه بعد موته لايملك الثلث ، اذا لم يوص به ، لأن الموت يزول به ملكه إلا ما استثنى من ثلثه ، وهذا ما استثنى شيئاً ، والى هذا القول مال المتأخرين وهو قول الشيخ في المبسوط أيضاً ، حيث قال : اذا أوصى بعتق شقص لـه من عبد ، ثـم مات أعتق عنه ذلك الشقص ، ولم يقوم عليه نصيب شريكه ، وان كان غنياً ، لأن ملكه زال عن ماله بالموت إلا القدر الذي استثناه .

والعلامة في المختلف حيث اختار مذهب الشيخ في النهاية استدل عليه بأن الموصي أوجد سبب السراية في العتق ، فيوجد مسببه ، أمّا المقدمة الأولى فلأن العتق في الحقيقة مستند اليه ، ولهذا كان ولائه له ، وأمّا الثانية فظاهرة ، ثـم أورد الرواية المذكورة .

واعترضه في المسالك فيما أورده من التعليل العقلي بأنـه ان أراد مطلق السبب أعم من التام لم يفده المطلوب ، وان أراد به التام منعناه هنا ، لأن السبب التام للسراية العتق مع اليسار ، واليسار هنا منتف ، لأنـه لايملك بعد الموت ، أو تقول ان سبب السراية انما هوالعتق لا الوصية به ، والعتق انما وقع بعد الوفاة ، فمسببه يجب أن يقع بعده كذلك مع اجتماع شرائطه الذى من جملته اليسار ، و هـو منتف هنا بعدالوفاة ، لما ذكرناه ، ثم قال : فان قيل : كما أن العتق سبب قـريب في السرايـة ، كذلك الوصيـة سبب فيها ، لأنها سبب العتق ، وقد حصلت حالـة اليسار . لأنـه المفروض والعتق سبب في السرايـة ، قلنا : مجرد وجـود السبب لايقتضي وجود المسبب ، إلا اذا اجتمعت شرائطه ، وإلا فيمكن تخلف المسبب عن

سببه ، لفقد شرط ، وهوهنا كذلك ، لأن شرط العتق وفاة الموصي ، لأنه جعله وصية ، والوصية انما تقع بعدالوفاة ، فاذا تخلّف المسبب وهو العتق عن سببه الى مابعد الوفاة ، لزم معه تخلف مسببه ، وهوالسراية كذلك وتم المطلوب ، حيث لم يصادف المال ، ثم رد الرواية بأنها لاتصلح لتأسيس الحكم بذاتها لضعف سندها بأحمدبن زياد المذكور ، فانه واقفي غير ثقه ، انتهى .

أقول : يمكن أن يقال ان محل البحث وموضوع المسئلة من أوصى بعتق مماليكه بمعنى أنهم يعتقون بعد موته ، أو ينعتقون ، وفهم هذا المعنى من لفظ الرواية غير ظاهر ، فان ظاهرها أنه كتب في وصيته أو قال : بلسانه في ذلك مماليكي أحرار ، وظاهر هذه العبارة محتمل للانشاء ، فيكون ذلك عتقاً لهم في ذلك الوقت ، ومحتمل للأخبار عن عتق سابق ، وعلى كل من الأمرين ، فالعتق قد وقع حال الحياة ، فيترتب عليه ما ذكره في الرواية من السراية ان كان في ثلثه ما بقي بذلك ، وأمّا أن المراد بها الوصية بأن يعتق مماليكه بعد موته ، فهو في غاية البعد عن حاق لفظها ، فان قيل : ان ذلك مفهوم من قوله فيوصي في وصيته، والوصية بالعتق يقتضي الانعتاق بعد الموت لاقبله ، قلنا يمكن ارتكاب التجوز في هذا اللفظ ، بمعنى أنه يقول : ويذكر هذا القول في تلك الحال ، وباب التجوز في الكلام واسع ، وارتكاب ما قلناه أولى وأقرب مما ذهب اليه القائلون بالقول الأول من التقديم على الموصي ، مع أنه لامال له بعد الموت ، كما أورده عليه ، وأولى منه ما ذهب اليه من رد الخبر واطراحه بالكلية ، مع عدم وجود مايضاده من الأخبار ، والعمل بالخبر مهما أمكن أولى من طرحه ، وعلى ماذكرناه فالخبر لايكون من محل الاستدلال في شيء ، فيبقى القول الأول خالياً من الدليل ، ويكون العمل على القول الثاني ، بناء على القاعدة المذكورة ، وهي أنه لايقوم عليه إلا مع وجود المال له ، ولامال في تلك الحال .

وبالجملة فانالظاهر بهذا الفهمالقاصر ، والذهن الخاسر ، ان حمل الخبر

على ما ذكرناه ممكن بما عرفت من التقريب ، فلا يلزم مخالفته للقواعد بناء على القول الأول ، ولارده بناء على القول الثاني ، والله العالم .

الحاق يشتمل على جملة من الفروع :

الاول : قالوا : لوأوصى بنصف ماله مثلاً ، وأجاز الورثة ، ثم قالوا : ظننا أنه قليل ،كما لو قالوا بعداجازتهم الوصية بالنصف ، ظننا أنه ألف درهم ، فظهر ألف ألف دينار ، فانه يقبل قولهم في دعوى ظن قلّة المال مع يمينهم ، ويقضى عليهم بما ادعوا ظنه ، فاذا حلفوا قضى عليهم بصحة الاجازة في خمسمائة درهم ، وعلّل قبول قولهم باستناده الى أصالة عدم العلم بالزائد ، مضافاً الى أن المال مما يخفى غالباً ، وأن دعواهم يمكن أن تكون صادقة ، ولا يمكن الاطلاع على صدق ظنهم إلا من قبلهم ، لأن الظن من الأمور النفسانية ، فلولم يكتف فيه باليمين لزم الضرر ، لتعذر اقامة البينة على دعواهم .

وتردد المحقق في ذلك ، ومنشأه مما ذكرنا ، ومن تناول لفظ الموصى للقليل والكثير ، وقدومه على ذلك مع كون المال مما يخفى كما ذكر ، فالرجوع الى قولهم رجوع عن اللفظ المتيقن الدلالة على معنى يعم الجميع الى دعوى ظن يجوز كذبه .

قال في المسالك بعد ذكر ذلك : والأقوى القبول ، وحينئذ فيدفع الى الموصى له نصف ما ظنوه ، وثلث باقي التركة ، انتهى .

أقول : لاريب في قوة ما قواه بالنظر الى هذه التعليلات المذكورة من الطرفين ، إلا أن الاعتماد عليها في تأسيس الأحكام الشرعية كما عرفت في غير مقام مما تقدم ، لا يخلو عن الاشكال ، والمسئلة عارية من النصوص على الخصوص والصلح طريق الاحتياط ، والله العالم .

الثاني : قالوا : لوأوصى بعبد أوبدار ، فأجاز الورثة الوصية ، ثم ادعوا أنهم

ظنوا أن ذلك الثلث أو أزيد بيسير ، مع ظهور كون ذلك أزيد بكثير ، لقلّة المال لم يسمع دعواهم في هذه الصورة ، لأن الاجازة هنا قد تضمنت معلوماً ، بخلاف ماتقدم في سابق هذا الموضع ، وحاصل الفرق بين المسئلتين أن الاجازة في هذه الصورة وقعت على معلوم للورثة ، وهي العين المخصوصة كيف كانت من التركة، فكانت الاجازة ماضية عليهم ، بخلاف الصورة الأولى حيث أن الوصية فيها بجزء مشاع ، وهو النصف من التركة مثلاً ، والعلم بمقداره قلّة وكثرة موقوف على العلم بالتركة كملاً ، والأصل عدمه ، فتسمع فيه دعوى الجهالة ، وأنت خبير بما في هذا الفرق من تطرق احتمال المناقشة ، ولهذا مال في الدروس الى التسوية بين المسئلتين ، والقبول في الحالين ، وجعله العلامة في التحرير وجهاً ، وفي القواعد احتمالاً .

ووجه المناقشة التي أشرنا اليها ، ماذكره في المسالك من أن الاجازة وان وقعت على معلوم للورثة كما يدعونه ، إلا أن كونه مقدار الثلث أو ماقاربه مماسامحوا فيه انما يعلم بعد العلم بمقدار التركة ، والأصل عدم علمهم بمقدارها ، وبنائهم على الظن ، فكما احتمل ظنهم قلّة النصف في نفسه ، يحتمل ظنهم قلة العين بالاضافة الى مجموع التركة ، وان لم يكن قليلاً في نفسه ، قال : ومخالفة الأصل هنا بظنهم كثرة المال مع أن الأصل عدمه ، لايؤثر في رفع الظن عنه واعتقاد كثرته ، بل يمكن عدم ظهور خلاف ما اعتقدوه من الكثرة ، ولكن ظهر عليه دين قدم على الوصية ، فقلّ المال الفاضل عنهما ، وهذا موافق للأصل كالأول ، ثم قال : وأيضاً فمن جملة المقتضى للقبول في الأول ، امكان صدقهم في الدعوى ، وتعذر اقامة البينة بما يعتقدونه ، وهو متحقق هنا ، لأن الأصل عدم العلم بمقدار التركة ، وذلك يقتضى جهالة قدر المعين من التركة كالمشاع ، ولعل القبول أوجه ، انتهى .

والغرض من التطويل بنقل كلامهم مع ماعرفت من عدم الاعتماد عليه ،

مع خلوه من الدليل الواضح ، هو وقوف الناظر في الكتاب على ما في هذه المسائل من كلام الأصحاب (رحمهم الله) فلعلّه يتشوق نفسه الى الوقوف على كلامهم ، ونقضهم فيها وابرامهم ، وقد أشرنا في غير موضع مما تقدم أن الغرض من الكتاب هو أن لايحتاج الناظر فيه الى مراجعة شيء من كتب الأخبار ، لاحاطتهم فيه بجميع أخبار كل مسئلة مسئلة ، وكذلك لايحتاج الى مراجعة كتب الأصحاب للاطلاع على ماذكروه في كل مسئلة مسئلة حسب الامكان ، وإلا فاستقصاء كلامهم في كل مسئلة مسئلة مما يتعذر غالباً ، فيكون كتابنا هذا مغنياً عن مراجعة غيره من كتب الأخبار ، وكتب الفروع في الجملة ان شاء الله تعالى .

الثالث : الظاهر أنه لااشكال في أنه لو أوصى له بثلث ماله مشاعاً فان الموصى له من كل شيء من التركة ثلثه حاضراً كان أو غائباً عيناً كان أو ديناً فهو شريك للورثة في كل جزء جزء من التركة .

أمّا لو أوصى له بثلث التركة معيناً في عين مخصوصة ، كدار مخصوصة ، أو عبد مخصوص ، فان الموصى له يملكه بالقبول ، وموت الموصي ، ولااعتراض ، للورثة من حيث اختصاصه بالعين عنهم ، ولهم منها الثلثان ، لأنه لاخلاف في أن للموصى ثلث ماله ، يتصرف فيه كيف شاء ، وأنه لايتوقف على اذن الورثة ، غاية الأمر أنه بعد أن خصه بهذه العين من حيث كونها ثلث التركة ، وهو لايملك من هذه العين إلا ثلثها ، جعل ما بأيديهم من ضعف الوصية من جملة التركة كالقيمة الشرعية عما يستحقونه من ثلثي هذه العين ، هذا اذا كان ضعف الموصى به بأيديهم ، كما هو المفروض .

أمّا لو لم يكن بأيديهم بأن كان له مال غائب ، أو بيد متغلب ، فان لم يكن بأيديهم من التركة شيء أصلاً ، فللموصى له ثلث تلك العين خاصة ، وكان انتقال ثلثيها موقوفاً على تمكين الوارث من ضعفها من التركة ، وان كان بيدهم شيء لايقوم بالنصف فله من العين مايحتمله الثلث منها ومما بأيديهم من التركة ،

والباقي يصير موقوفاً لانحكم به لأحد منهما حتى يتضح الحال ، فيجعل أمانة بيد الحاكم أو أمينه أومن يتفقان عليه الى أن يتبين الأمر ، لحصول الغائب وعدمه .

ثم ان هذا القدر المتخرج من الثلث المنحصر فى بعض هذه العين منجز هل يتسلط الموصى له عليه أم لا ؟ بل يمنع من التصرف فيه وان كان ملكاله ، وجهان: اختار أولها في المسالك ، قال : لوجود المقتضى وهو ملكه له بالوصية المحكوم بصحتها بالنسبة الى الثلث على كل حال ، لأن غاية ماهناك تلف الغائب بأجمعه فيكون الحاضر هومجموع التركة فيملك ثلثه بغير مانع ، ثم ذكر وجه المنع ورده بما هومذكور ثمة .

الرابع : قالوا : لوأوصى بثلث عبده فتبين أنه ليس له من العبد إلا ثلثه ، وأن ثلثيه ، مستحق للغير ، فان الوصية تصح في ذلك الثلث ، ثم ان كان الموصي لايملك غيرذلك العبد لم تنفذ وصيته المذكورة ، إلا فيثلث الثلث الذي يستحقه ، ووقف في ثلثيه على الاجازة ، وان ملك غيره اعتبرخروج ثلث العبد من ثلث التركة .

ونقلعن بعضالعامة ، أنه حكم بنفوذ الوصية في المسئلة المذكورة فيثلث الثلث خاصة ، والذي عليه الأصحاب كما عرفت أن الوصية انما تنصرف اليمستحقه خاصة ، وهوالثلث على التفصيل المتقدم ، وما ذهب اليه ذلك القائل كأنه منزل على الاشاعة ، وجواز الوصية بمال الغير ، بمعنى أنه لوأوصى بثلث شايع في العبد وهوملك الجميع من الموصي وباقي الشركاء ، فلا تنفذ وصيته فيه ، بل انما تنفذ في ثلثه ، ويرجع الى كون موصىبه ثلث الثلث ، ورده الأصحاب بأن الوصية لاتصح إلا بما يملكه الموصي ، فلوأوصى بمال الغير لغت ، فلا تنزل على الاشاعة المستلزمة للوصية بمال الغير .

الخامس: المشهور في كلام المتأخرين أنه لوأوصى بما يقع اسمه على المحلل والمحرم انصرف اللفظ الى المحلل ، صوناً للمسلم عن المحرم كما اذا

أوصى بعود من عيدانه وله عـود لهو ، وعيدان قسي ، وعيدان عصي ، وعيـدان المسقف والبينان ، وأيده بعضهم بوجوب تنفيذ الوصية بحسب الامكان لعموم «فمن بدله بعدما سمعه» وهو لا يتم إلا بذلك .

وقال الشيخ في المبسوط : اطلاق قوله عـود من عيداني ينصرف الى العود الذي يضرب به للهو ، لأن ذلك يسمى بالاطلاق عوداً في العادة ، ثم ينظر فان كان له منفعة غير الضرب صحت الوصية ، وان لم تكن له منفعة مباحـة ولا يصلح إلا للعب بطلت الوصية .

أقول : لاريب أن لفظ العود هنا من الألفاظ المشتركة ، ومن شأن اللفظ المشترك ان لا يحمل على أحد معانيه إلا بالقرينة ، وفي كون ماذكروه من صون المسلم عـن المحرم قرينة على المحلل على اطلاقـه محل اشكال ، سيما مع شيوع استعمال المسلمين للهو واللعب بالعود وغيره ، فلو ثبت ذلك بحال الموصي وما هو عليه من التورع عن المحرمات ، أو عدم ذلك ، ولو في ساير الحالات لكان حسنا .

نعم لو لم يكن له عود لهو بالكلية ، انصرف الى المحلل بغير اشكال ، وان كان اللفظ أعـم من المحرم ، ولو لم يكن له إلا العود المحرم قيل تبطل الوصية ، لانصرافه الى غير المشروع ، حيث لم يكن له غيره ، والحال أنه قد خصها بما هو له ، فلا ينتقل الى تحصيل غيره .

وظاهر كلام الشيخ المتقدم أنه ان كان له منفعة مباحة غـير الضرب صحت الوصية ، وإلا فلا ، وقيل : تصح الوصية بـه ، ولكن تزال عنه الصفة المحرمـه ، بأن يحول منها الى غـيرها من الصفات المحللة ان أمكن ، وإلا بطلت الوصية ، واطلاق العبارة يقتضي أن زوال الصفة المحرمـة مع بقاء المنفعة لو تحقـق بكسره والانتفاع بخشبه في بعض المنافع المحللة ، يكفى في الصحة على هذا القول .

واستشكل في المسالك في ذلك بأنـه يخرج بالكسر عن كونه عـوداً لأن وصيته معتمدة على وصف العود فكسره خروج عن الاسم ، ثم قال : لا يقال : اذا

انتقل الى الموصى له فله أن يفعل بـه ماشاء ، ومن جملته كسره ، بل هـو واجب حيث يتوقف زوال الصفة المحرمة عليه ، فلا يقدح ذلك في جـواز الوصية ، لأنا نقـول ان جـواز تصرفه فيه بالكسر وغيره موقوف على صحة الوصيـة ، وصحتها موقوف على كسره فيدور ، ولو قيل : أنـه يمكن كسره من غـير الموصى له قبل دفعه اليه ليندفع الدور ، جاء فيه ماتقدم من زوال اسم العـود الذي هـو متعلّق الوصية ، فلا يكـون بعد كسره موصى بـه ، فلا يحصل بدفعـه الى الموصى لـه الامتثال ، انتهى .

أقـول : لايخفى أن مبنى كلامه (قدس سره) على أنـه بالكسر يخرج عن كونه عوداً ، فلودفع بعد الكسر الى الموصى له لم يصدق الاتيان بالوصية والامتثال لها ، وفيه أن أحد أفراد العود عود الخشب ، وهذا بعد الكسر وان خرج عن عود اللهو ، إلا أنه لايخرج عن عود الخشب ، قال في كتاب المصباح المنير : وعود اللهو وعود الخشب ، جمعه أعواد وعيدان ، ونحوه في القاموس ، وحينئذ فيرجع الكلام إلى ماذكره ذلك القائل من صحة الوصية متى ازيلت عنه صفة المحرمة ، وحول الى غيرها من الصفات المحللة ، وأن هذا العود بكسره قد خرج عن عود اللهو ، وصار من قبيل عود الخشب ، الذي منافعه المترتبة عليه محلّلة .

ثم انه قال في المسالك على أثر الكلام المتقدم : والأقوى أنـه ان أمكن ازالة الصفة المحرمة مع بقاء اسمه ، صحت الوصية ، وإلا بطلت لحصره فيما عنده ، وهـو ينافي تحصيل عـود من خارج ، ولم يـوجد عنده ما يتناوله الاسم شرعاً ، فيكون ذلك بمنزلة مالوأوصى بالمحرم ، انتهى .

أقول : قد عرفت بما أوضحناه بقاء اسم العود على الباقي بعد الكسر ، فتصح الوصية ، ولايحتاج الى تحصيل عود من خارج بأي معنى كان ، فان الموجود عنده بعد الكسر مما يتناوله اسم العود ، فلا موجب لبطلان الوصية ، والله العالم .

السادس: قال المحقق في الشرايـع : وتصح الوصية بالكلاب المملوكـة ،

ككلب الصيد ، والماشية ، والحائط ، والزرع ، قال الشارح في قوله المملوكة : تنبيه ، على أنا ولم نقل بملكها لم تصح الوصية بها لعدم كونها مالاً منتفعاً به ومن ثم لم يصح بيعها عند القائل بعدم المالية ، والأقوى جواز الوصيته بها وان لم نقل بملكها ولم نجوز بيعها ، لثبوت الاختصاص بها وانتقالها يداً الى يد بالارث وغيره، وهوأعم من الملك .

أقـول : قـد حققنا في كتاب البيـع (١) أن المستفاد مـن الأخبار اختصاص الملك وجواز البيع ونحوه بكلب الصيد خاصة ، كما هوأحد الأقوال في المسئلة ، وأن ماعداه لادليل على جواز تملكه ولابيعه ، ولا غـيرهما من الأحكام ، ومنها الوصية هنا ، وأمّا ماذكره الشارح هنا من جـواز الوصية بالكلاب وان لم نقل بملكها ولم نجوز بيعها ، فهومشكل .

أمّا أولاً فلما صرحوا بـه من أن من شروط صحة الوصية صحة الملك لكل مـن الموصي والموصى له ، كما تقدم في المسئلة الأولى من مسائل هـذا المقصد ، وقـد اعترف بذلك الشارح المذكور ، حيث قال بعد قـول المصنف ويعتبر فيهما الملك؟ فلا يصح بالخمر والخنزير والكلب الهراش ماصورته : المراد هنا صلاحية الملك للموصي والموصى له ، كما ترشداليه الأمثلة ، فان المذكورات لاتقبل الملك بالنسبة الى المسلم ، أو مطلقاً بناء على اعتبار الواقع في نفس الأمر الى أن قال : واحترز بكلب الهراش عن الكلاب الأربعة والجرو القابل للتعليم ، فتصح الوصية بها ، لكونها مملوكة لها قيمة ومنفعة ، وهو كماترى صريح فيما ذكرناه ، وعلى هذا المنوال كلمة غيره من الأصحاب في هذا المجال .

وأمّا ثانياً فلان الوصية حكـم شرعي يترتب عليها جملة من الأحكام كما في جملة الوصايا المبحوث عنها في هذا المقام ، فلابد في اثباته من الدليل الشرعي كما هوواضح لذوى الأفهام ، وغاية مايدل عليه الدليل صحة الوصية بالمملوك ، فغيره

(١) ج ١٨ ص ٨٠ .

يتوقف على الدليل ، ومجرد هذه التعليلات العليلة لايجوز أن ترتب عليها الأحكام الشرعية .

واما ثالثاً فان ما ادعاه من انتقالها من يد الى يد بالارث وغيره مجرد دعوى، لايخرج عن المصادرة ، فان المانع للملك يمنع من حصول الارث فيها ، لكونه فرع الملك بلاخلاف نصاً وفتوى وبالجملة فان كلامه (قدس سره) هنا لايخلو من تساهل

ثم أنه قال في المسالك : اذا تقرر ذلك فاذا أوصى بكلب تجوز الوصية به ، فان وجد في التركة فذاك ، وإلا فان جوزنا شراءه اشترى من التركة ودفع الموصى له ، وان لم تجوز شراءه احتمل بطلان الوصية حينئذ ، لعدم امكان انفاذها على الوجه المشروع ، ومراعاة تحصيله بغير البيع ، إذ لايلزم من عدم جواز بيعه عدم امكان تحصيله بغيره ، فيجب تحصيله على الوارث تفصياً من تبديل الوصية مع امكان انفاذها ، فان أمكن تحصيله والا بطلت ويشكل بأنه لايلزم ، من امكان تحصيله للوارث وجوبه عليه إذ لايجب عليه إنفاذ وصية مورثه إلا من مال المورث وهو منتف هنا ، والأقوى البطلان مطلقا ، لكن لو تبرع به متبرع من وارث وغيره صح ، وان لم يكن ذلك واجباً ، انتهى .

تتميم :

في ذكر جملة من الوصايا المبهمة فمنها الوصية بالجزء من ماله ، وقد اختلف الأصحاب في ذلك باختلاف الأخبار فيما هنالك ، فذهب جمع منهم الشيخ في كتابي الأخبار والشيخ علي بن بابويه وابنه الى أنه العشر ، واختاره العلامة في المختلف ، وهو ظاهر المحقق في الشرايع حيث نسبه الى أشهر الروايتين ، وذهب جمع منهم الشيخ المفيد والشيخ في النهاية وابن الجنيد وسلار وابن البراج الى أنه السبع ، ونقله في المسالك عن أكثر المتأخرين .

والذي يدل من الأخبار على الأول ما رواه في الكافي والتهذيب في الحسن

أو الصحيح في الأول ، والصحيح في الثاني عن عبدالرحمن بن سيابة (١) وهو مجهول «قال : ان امرأة أوصت الي وقالت ثلثي يقضى به ديني ، وجزء منه لفلانة، فسألت عن ذلك ابن أبي ليلى فقال ما أرى لها شيئاً ، ما أدرى ما الجزء فسألت عنه أباعبدالله عليه السلام بعد ذلك وخبرته كيف قالت المرأة وما قال ابن أبي ليلى فقال : كذب ابن أبي ليلى ، لها عشر الثلث ، ان الله تعالى أمر إبراهيم عليه السلام فقال (٢) : «اجعل على كل جبل منهن جزء» وكانت الجبال يؤمئذ عشرة ، والجزء هو العشر من الشيء» .

والعلامة في المختلف روى هذه الرواية عن عبدالله بن سنان ، وأنه هو الوصي والسائل عن هذه المسئلة ، وعد الخبر في الصحيح ، والذي في الكافي والتهذيب عن عبدالله بن سنان إنما هو راو عن عبدالرحمن بن سيابة ، وبه تكون الرواية على اصطلاحهم ضعيفة ، وكان لفظ عبدالرحمن بن سيابة سقط ، من نسخة الكتاب الذي عنده ، أو أنه غفل عنه ، إلا أن الشيخ في الاستبصار رواه كذلك فالظاهر أنه نقل الخبر عن الاستبصار ، ولم يراجع الكافي والتهذيب ، ومما يؤيد العمل على ما في التهذيب كما ذكره شيخنا في المسالك ، من أن من المستبعد جداً أن عبدالله بن سنان الفقيه الجليل الامامي يسأل ابن أبي ليلى في ذلك ، بل الموجود في الأخبار أن ابن أبي ليلى كان يسأله ، ويسأل أصحابه مثل محمد بن مسلم وغيره عن كثير من المسائل ، والشهيد في الدروس قد تبع العلامة في هذا المقام وثوقاً بكلامه في المختلف ، واعتماداً على ما في الاستبصار ، ولم يراجع الكتابين الآخرين .

ومنها مارواه المشايخ الثلاثة في الموثق أو الحسن الذي لايقصر عن الصحيح

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٩ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٨ ح ٨٢٤ ، الاستبصار ج ٤ ص ١٣١ ح ٤٩٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٢ ح ٢ .

(٢) سورة البقرة ــ الاية ٢٦٠ .

عن معاوية بن عمار (١) «قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله ، قال : جزء من عشرة ، قال الله تعالى(٢) «اجعل على كل جبل منهن جزءاً» وكانت الجبال عشرة » .

ومارواه في الكافي والتهذيب في الصحيح أو الحسن عن ابان بن تغلب (٣) «قال : قال أبوجعفر عليه السلام الجزء واحد من عشرة ، لأن الجبال كانت عشرة ، والطير أربعة » .

ومارواه في التهذيب عن أبي بصير (٤) «عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل أوصى بجزء من ماله : قال : جزء من عشرة ، وقال : كانت الجبال عشرة » .

ورواه العياشي في تفسيره مثله (٥) ، وزاد : وكانت الطير الطاوس ، والحمامة ، والديك والهدهد ، فأمره أن يقطعهن . . . الى آخره .

وما رواه الصدوق (قدس سره) في كتاب معاني الأخبار عن ابان بن تغلب (٦) «عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يوصي بجزء من ماله ؟ قال : الجزء واحد من عشرة ، لأن الله تعالى يقول « ثم اجعل على كل جبل منهن جزءاً » وكانت الجبال عشرة ، والطير أربعة فجعل على كل جبل منهن جزءاً » قال : وروى أن الجزء واحد من سبعة ، لقول الله عز وجل « لها سبعة أبواب لكل باب منهم جزء مقسوم » .

ومنها مارواه في الكتاب المذكور في الصحيح عن عبدالله بن سنان (٧) «قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن امرأة أوصت بثلثها يقضى به دين ابن أخيها وجزء

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٠ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٨ ح ٨٢٥ ، الفقيه ج ٤ ص ١٥٢ ح ٥٢٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٣ ح ٣ .

(٢) سورة البقرة – الاية ٢٦٠ .

(٣) و (٤) الكافي ج ٧ ص ٤٠ ح ٣ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٩ ح ٨٢٦ و ٨٢٧

(٥) تفسير العياشي ج ١ ص ١٤٤ ح ٤٧٥ .

(٦) معاني الاخبار ص ٢١٧ ح ١ .

(٧) معاني الاخبار ص ٢١٧ ح ٢ ط ايران سنة ١٣٧٩ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٢ ح ١ وص ٤٤٦ ح ١١ وص ٤٤٣ ح ٤ وص ٤٤٤ ح ٦ .

لفلان وفلانة فلم أعرف ذلك، فقدمنا الى ابن أبي ليلى، قال: فما قال لك؟ قلت: قال: ليس لهما شيء فقال: كذب والله، لهما العشر من الثلث».

وما رواه العياشي (١) في تفسيره عن عبدالصمد بن بشير في خبر يتضمن «أن أباجعفر المنصور جمع القضاة فقال لهم: رجل أوصى بجزء من ماله فكم الجزء؟ فلم يعلموا واشتكوا اليه، فأبرد بريداً الى صاحب المدينة أن يسأل جعفر بن محمد فسأله فقال أبو عبدالله عليه السلام: هذا في كتاب الله بيّن، ان الله يقول لما قال ابراهيم رب ارني كيف تحيي الموتى، (٢) «ثم اجعل على كل جبل منهن جزءاً»، فكانت الطير أربعة والجبال عشرة، يخرج الرجل من كل عشرة أجزاء جزءاً واحداً»، الحديث.

وما رواه العياشي في تفسيره عن محمد بن اسمعيل عن عبدالله بن عبدالله (٣) «قال: جائني أبو جعفر بن سليمان الخراساني، وقال: نزل بي رجل من أهل خراسان من الحجاج، فتذاكرنا الحديث، فقال: مات لنا أخ بمرو وأوصى الي بمائة ألف درهم وأمرني ان أعطي أباحنيفة منها جزءاً، ولم أعرف الجزء كم هو مما ترك، فلما قدمت الكوفة أتيت أباحنيفة فسألته عن الجزء، فقال لي الربع، فأبى قلبي ذلك فقلت: لا أفعل حتى أحج وأستقصي المسئلة، فلما رأيت أهل الكوفة قد اجتمعوا على الربع، قلت لأبي حنيفة الى أن قال: وأنا أريد الحج فلما أتينا مكة وكنا في الطواف فاذا نحن برجل شيخ قاعد قد فرغ من طوافه، وهو يدعو ويسبح إذ التفت أبوحنيفة فلما رآه قال: ان أردت أن تسأل غاية الناس فاسئل هذا، فلا أحد بعده، قلت: ومن هذا؟ قال: جعفر بن محمد، فلما قعدت واستمكنت إذ استدار أبوحنيفة خلف ظهر جعفر بن محمد، فقعد قريباً مني فسلّم عليه وعظمه وجاء غير واحد مزدلفين مسلمين عليه، وقعدوا فلّما رأيت ذلك من تعظيمهم له اشتد ظهري، فغمزني أبوحنيفة أن تكلّم، فقلت: جعلت فداك اني

(١) و (٣) تفسير العياشي ج ١ ص ١٤٣ ح ٤٧٣ و ص ١٤٤ ح ٤٧٦، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٤ ح ٨ وص ٤٤٥ ح ٩ البـاب ٥٤.

(٢) سورة البقرة ــ الآية ٢٦٠.

رجل من خراسان وان رجلاً مات وأوصى الي بمائة ألف درهم وأمرني أن اعطي منها جزءاً ، وسمى لي الرجل ، فكم الجزء جعلت فداك ؟ فقال جعفر بن محمد يا أباحنيفة : قل فيها ، فقال : الربع ، فقال لابن أبي ليلى : قل فيها ، فقال : الربع ، فقال جعفر عليه السلام : ومن أين قلتم الربع ؟ قالوا : لقول الله تعالى(١) « فخذ أربعة من الطير فصرهن اليك ثم اجعل على كل جبل منهن جزءاً » ، فقال أبوعبدالله عليه السلام وأنا أسمع هذا قد علمت الطير أربعة ، فكم كانت الجبال ، انما الأجزاء للجبال ، ليس للطير ، فقالوا : ظننا أنها أربعة فقال ابوعبدالله عليه السلام ولكن الجبال عشرة » ، وروى جزء من سبعة (٢) لقول الله عزوجل (٣) «لها سبعة ابواب لكل باب منهم جزء مقسوم » انتهى .

هذا جملة ماوقفت عليه من الأخبار الدالة على القول الأول .

وأما مايدل على القول الثاني من الأخبار فمنه مارواه الشيخ في الصحيح عن البزنطي (٤) «قال : سألت أباالحسن عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله فقال : واحد من سبعة ، ان الله تعالى يقول « لها سبعة أبواب لكل باب منهم جزء مقسوم » قلت : رجل أوصى بسهم من ماله ؟ فقال : السهم واحد من ثمانية ، ثم قرأ « انما الصدقات للفقراء والمساكين » الى آخر الآية .

وعن اسماعيل بن همام الكندي (٥) « عن الرضا عليه السلام في الرجل يوصي بجزء من ماله ولم يعيّنه ، فاختلف الوارث بعده في ذلك فقضى عليهم باخراج السبع من ماله وتلا قوله تعالى « لها سبعة أبواب لكل باب منهم جزء مقسوم » ، وقد تقدم في عبارة كتاب الفقه الرضوي وكذا في عبارة المقنع الاشارة الى هذه الرواية .

---

(١) سورة البقرة ــ الاية ٢٦٠ .

(٢) الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٤ ح ٦ .

(٣) سورة الحجر ــ الاية ٤٤ .

(٤) و (٥) التهذيب ج ٩ ص ٢٠٩ ح ٨٢٨ و ٨٢٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٧ ح ١٢ و ١٣ .

وروى العياشي في تفسيره عن البزنطي (١) «عن الرضا عليه السلام قال: سأله رجل عن الجزء وجزء الشيء، فقال: من سبعة، ان الله يقول: لها سبعة أبواب لكل باب منهم جزء مقسوم، ورووا أيضاً عن اسماعيل بن همام الكوفي (٢) «عن الرضا عليه السلام في رجل أوصى بجزء من ماله؟ فقال: جزء من سبعة، ان الله يقول في كتابه: لها سبعة أبواب لكل باب منهم جزء مقسوم».

وفي الفقيه (٣) روى البزنطي عن الحسين بن خالد «عن ابي الحسن عليه السلام قال: سألته عن رجل أوصى بجزء من ماله قال: سبع ثلثه».

هذا ماوقفت عليه من الروايات الدالة على القول الثاني والشيخ قد جمع بين الأخبار بحمل الجزء على العشر، فيجب أن ينفذ في واحد من عشرة، وحمل أخبار السبع على أنه يستحب للورثة انفاذه في واحد من سبعة، لتتلائم الأخبار، وهو ان كان لايخلو من بعد لأن ظاهر أخبار السبعة هو أن الحكم الشرعي ذلك، حيث فسروا عليهم السلام الجزء بأنه من سبعة، بقول مطلق، إلا أنه في مقام الجمع لامندوحة عنه، ولا صرح للحمل على التقية في أحد الطرفين، لما عرفت من حديث الخراساني المتقدم، إلا أن يقال: بأن التقية هنا انما هو بايقاعهم عليهم السلام الاختلاف وان لم يكن ذلك قولاً للعامة، كما قدمناه في مقدمات الكتاب من جلد كتاب الطهارة (٤) ويمكن أن يؤيد القول الأول بفتوى الرضا عليه السلام في كتاب الفقه بذلك، ونسبة الجزء من سبعة الى الرواية.

وقال في المسالك بعد ذكر حمل الشيخ (رحمة الله عليه): ولابأس بهذا الحمل، حذراً من اطراح الروايات المعتبرة، وقال في المسالك أيضاً بعد ذكر بعض ماذكرناه من روايات الطرفين: وهذا القول ــ وأشار به الى القول الثاني ــ أصح

(١) تفسير العياشي ج ٢ ص ٢٤٣ ح ٢٠.
(٢) تفسير العياشي ج ٢ ص ٢٤٤ ح ٢١.
(٣) الفقيه ج ٤ ص ١٥٢ ح ٥٢٩.
وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٧ ح ١٣ و ١٤.
(٤) ج ١ ص ٤.

رواية والأول أكثر ، فلذلك قال المصنف : أشهرهما العشر ، وتلك أشهر ، وهذه أصح ، وينبغي ترجيح الصحيح .

نعم من حكم بصحة رواية عبدالله بن سنان ، وانضم اليها حسنة أبان ، والباقي من الموثق ، توجه ترجيحه لمضمونها ، وهو خيرة العلامة في المختلف محتجاً بكثرتها ، وزيادتها على هذه ، وموافقتها للأصل وبعدها عن الاضراب ، إذ في رواية السبع أنه سبع ثلث وهي الرواية الثالثه التي أشار اليها المصنف أخيراً ، و رواها الحسين بن خالد عن أبي الحسن (١) عليه‌السلام ثم ساق الرواية كما قدمناه ، ثم قال وهذه الرواية مع جهالة سندها بالحسين بن خالد ، شاذة لاعامل بمضمونها ، والفرق بينها وبين رواية عبدالله بن سنان المتضمنة لعشر الثلث ، أن الموصى صرح فيها بكون الجزء من الثلث ، وهنا جعله من ماله ، ولا اشكال في حمل الجزء على معناه من العشر أو السبع لأي شيء نسب الى المال ، فهو عشره أوسبعه أو الى الثلث أو النصف أو غيرهما ، فهوالعشر أو السبع من ذلك الجزء المنسوب اليه فالرواية الأولى لاتخالف سوى رواية السبع ، بخلاف هذه ، فانها مخالفة للجميع انتهى .

أقول : أمّا مارجح به القول الثاني من صحة روايته مشيراً بذلك الى صحيحة البزنطي المتقدمة ، ففيه أن في روايات العشر أيضاً ماهو صحيح ، وهي صحيحة عبدالله بن سنان المتقدمة المروية في كتاب معاني الأخبار ، ولكن العذر له ظاهر ، حيث أن نظرهم مقصور على روايات الكتب الأربعة .

وأمّا ماطعن به في روايات السبع من الاضطراب بدلالة رواية الحسين بن خالد على أن الجزء سبع ثلثه ، وأنه لاقائل بذلك ، ففيه أولاً أن رد هذه الرواية لهذه العلة التي ذكرها ، لايستلزم رد غيرها من تلك الأخبار الخالية من هذه العلّة ، وثانياً أنه يمكن الجواب عما ذكره بحمل ماله في الخبر على مايجوز له

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٥٢ ح ٥٢٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٧ ح ١٤ .

التصرف فيه بعد موته ، وليس إلا الثلث ، فاذا اضيف الجزء اليه وكان الجزء بمعنى السبع كما هو المفروض في هذه الأخبار كان الحاصل سبع من ثلثه ، ولا ينافي ذلك الأخبار المتقدمة بأن المراد بالجزء من ماله يعني عشر ماله أوسبع ماله ، لأن المال في تلك محمول على ظاهره وهو ماله في حال الحياة وفي هذا الخبر محمول على ماله بعد الموت فلا يكون مخالفاً لشيء من الأخبار ، كما ذكره (قدس سره) والتأويل في مثله بما ذكرنا للجمع بين الأخبار غير عزيز .

وبالجملة فالمسئلة غير خالية عن شوب الاشكال ، وطريق الاحتياط فيها بالصلح مطلوب على كل حال ، والله العالم .

ومنها الوصية بالسهم ، والمشهور أنه الثمن ، وتدل عليه جملة من الأخبار منها ماتقدم في صحيحة البزنطي ، ومارواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن السكوني (١) «عن أبي عبدالله عليه السلام أنه سئل عن رجل يوصي بسهم من ماله فقال : السهم واحد من ثمانية ، يقول الله تبارك وتعالى «انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل» .

ومارواه في الكافي (٢) في الصحيح أو الحسن عن صفوان والبزنطي ورواه في التهذيب (٣) أيضاً عنهما «قالا : سألنا الرضا عليه السلام عن رجل أوصى «لك» بسهم من ماله لا يدرى السهم أي شيء هو ؟ فقال : أليس عندكم فيما بلغكم عن جعفر ولا عن أبي جعفر عليهما السلام فيها شيء ، قلنا له : جعلنا فداك ماسمعنا أصحابنا يذكرون شيئاً من هذا عن آبائك ، فقال : السهم واحد من ثمانية ، فقلنا له : جعلنا الله فداك كيف صار واحداً من ثمانية ؟ فقال : أمّا تقرأ كتاب الله عزوجل ؟ قلت :

(١) الكافي ج ٧ ص ٤١ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢١٠ ح ٨٣٢ ، الفقيه ج ٤ ص ١٥٢ ح ٥٢٦ .

(٢) و (٣) الكافي ج ٧ ص ٤١ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ٢١٠ ح ٨٣٣ .
وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٩ ح ٣ و ص ٤٤٨ ح ٢ .

جعلت فداك أني لأقرؤه ، ولكن لاأدري أي موضع هو ؟ فقال : قول الله تعالى(١) «انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل» ثم عقد بيده ثمانية قال : وكذلك قسمها رسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلم) ثمانية أسهم، فالسهم واحد من ثمانيه» ، ورواه الصدوق في معاني الأخبار في الصحيح عن صفوان (٢) .

وروى الشيخ المفيد في الارشاد (٣) «قال : قضى اميرالمؤمنين عليه السلام في رجل أوصى بسهم من ماله ، ولم يبينه فاختلف الورثة في معناه ، فقضى بينهم باخراج الثمن من ماله ، وتلا عليهم «انما الصدقات للفقراء والمساكين» الآية ، وهم ثمانية أصناف ، لكل صنف منهم سهم من الصدقات» .

والقول بالثمن مذهب الشيخ في النهاية ، قال : وقد روى أنه سهم من عشرة ، والأول أكثر في الرواية ، وهذا القول أيضاً قول الشيخ المفيد ، وابن الجنيد ، والصدوق ، وابن البراج ، وسلار ، وابن ادريس ، وهوالمشهور بين المتأخرين .

وقال الشيخ في الخلاف والمبسوط : أنه السدس ، وبه قال الشيخ علي بن بابويه (رحمة الله عليه) .

أقول : والرواية التى اشار اليها الشيخ في النهاية بأن السهم من عشرة هي مارواه في التهذيب عن طلحة بن زيد (٤) «عن أبي عبدالله عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال: من أوصى بسهم من ماله ، فهو سهم من عشرة» والشيخ حملها في التهذيب على وهم الراوي بالاشتباه عليه بين الجزء والسهم .

قال الصدوق في الفقيه : (٥) وقد روي أن السهم واحد من ستة ، ثم جمع

(١) سورة التوبة ـ الاية ٦٠ .
(٢) معاني الاخبار ص ٢١٦ ح ٢ ط ايران سنة ١٣٧٩ .
(٣) الارشاد ص ١٠٦ .
(٤) التهذيب ج ٩ ص ٢١١ ح ٧٣٤ .
(٥) الفقيه ج ٤ ص ١٥٢ ح ٥٢٧ .
وهذه الروايات فى الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٨ ح ٢ و ص ٤٥٠ ح ٧ و ص ٤٤٩ ح ٤ و ٥ .

بينها وبين الرواية الثانية بحمل الستة على ما اذا اوصى بسهم من سهام المواريث، والثمانية على ما اذا أوصى بسهم من سهام الزكاة قال: فتمضى الوصية على مايظهر من مراد الموصى .

أقول : والرواية بأن السهم واحد من ستة لم ينقلها أحد منهم بغير هذا العنوان المحمل، والظاهر أن المراد بها ماذكره الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي (١) حيث قال : «فان أوصى بسهم من ماله فهوسهم من ستة أسهم ، وكذلك أذا أوصى بشيء من ماله غير معلوم فهوواحد من ستة» ، ومنه يعلم أن قول الشيخ علي بن بابويه بما نقل عنه من أنه السدس انما أستند فيه الى الكتاب المذكور ، والأصحاب هنا مع نقلهم هذا القول عنه لم يستدلوا له بشيء لعدم وجود ذلك في كتب الأخبار المتداولة بينهم ، ومنه يعلم كما قدمنا ذكره أن اعتماده على هذا الكتاب ، وفتواه بما فيه مع كونه على خلاف الروايات المتكاثرة ، كما سمعت ، وخلاف قول غيره من الأصحاب (رحمهم الله) أدل دليل على ثبوت كون الكتاب له عليه السلام وأن ذلك مقطوع بـه عنده ، و في الوسائل احتمل حمل هذه الرواية على التقيه ، وهوغير بعيد .

وقال في المسالك : وذهب الشيخ في أحد قوليه الى أنه السدس ، لما روى عن ابن مسعود (٢) أن رجلاً أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاه النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) السدس وقيل : أن السهم في كلام العرب السدس ، انتهى .

أقول : والاستدلال بهذه الرواية العامية يحتمل أن يكون من الشيخ كما هو الأقرب ، ويحتمل أن يكون من صاحب المسالك ، وأيّاً ماكان ففي ذلك نوع تأييد بحمل كلامه عليه السلام في كتاب الفقه على التقية في هذا الحكم ، و كيف كان فالعمل على المشهور ، لتكاثر الأخبار ، والله العالم .

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٢٧ الباب ٤٨ ح ١ .

(٢) الخلاف ج ٢ ص ٣١٠ مسئلة ٩ من كتاب الوصية ، المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٦٤٦ .

ومنها مالو أوصى بشيء وظاهر كلام الأصحاب من غير خلاف يعرف أنه السدس ، ويدل عليه ماتقدم في عبارة كتاب الفقه الرضوى (١) ومارواه المشايخ الثلاثة بأسانيدهم عن أبان بن تغلب (٢) «عن علي بن الحسين عليهما السلام أنه سئل عن رجل أوصى بشيء من ماله ؟ فقال : الشيء في كتاب علي عليه السلام واحد من ستة » .

ورواه الصدوق في كتاب معاني الأخبار (٣) عن ابان بن تغلب عن « علي بن الحسين عليه السلام قال : قلت له : رجل أوصى بشيء من ماله ؟ فقال لي : في كتاب علي عليه السلام الشيء من ماله واحد من ستة » .

ومنها مالوأوصى بكثير قال الخلاف : اذا قال أعطوا كثيراً من مالي فانه يستحق ثمانين ، على مارواه أصحابنا في حد الكثير ، وتبعه ابن حمزة ولم يفسر الكثير ، قال في المختلف : والظاهر أن مرادهما ثمانون درهماً كالنذر .

وقال الصدوق : اذا أوصى رجل بمال كثير ، ونذر أن يتصدق بمال كثير ، فالكثير ثمانون فمازاد ، لقوله تعالى « لقد نصركم الله في مواطن كثيرة » ، وكانت ثمانين موطنا .

وقال الشيخ (رحمةالله عليه) في كتاب الاقرار من الخلاف لو قال له : عندى مال كثير ، فانه يكون اقراراً بثمانين ، على الرواية التى تضمنت أن الوصية بالمال الكثير وصية بثمانين .

وقال ابن ادريس في قول الشيخ (رحمةالله عليه) تسامح وتجاوز ، انما الرواية وردت فيمن نذر أن يتصدق بمال كثير ، وماوردت في الوصية ، ولا أوردها أحد من أصحابنا في الوصايا ، والذي يقتضيه أصول المذهب ، وتحكم به الأدلة

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٢٧ الباب ٤٨ ح ١ .

(٢) الكافى ج ٧ ص ٤٠ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ٢١١ ح ٨٣٥ ، الفقيه ج ٤ ص ١٥١ ح ٥٢٥ .

(٣) معانى الاخبار ص ٢١٧ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٠ الباب ٥٦ .

والاعتبار أن لايتجاوز بالرواية ، وماوردت فيه فحسب ، ولا تعداها الى غير النذر في تفسير الكثير الى المقر ، وكذا في الوصية في تفسير الكثير ، انتهى.

أقول : والى هذا القول مال كثير من المتأخرين ، والرواية المشار اليها بأنها وردت في النذر هي مارواه في الكافي عن علي بن ابراهيم (١) عن بعض أصحابه ذكره « قال : لما سم المتوكل نذر ان عوفي أن يتصدق بمال كثير ، فلما عوفي سأل الفقهاء عن حد المال الكثير ، فاختلفوا عليه ، فقال : بعضهم مائة ألف، وقال بعضهم : عشرة آلاف ، وقالوا فيه أقاويل مختلفة ، فاشتبه عليه الأمر ، فقال رجل من ندمائه يقال صفعان : ألا تبعث الى هذا الأسود فتسأله عنه ، فقال له المتوكل : من تعني ويحك ؟ فقال له : ابن الرضا ، فقال له : وهو يحسن من هذا شيئاً ؟ فقال : يا اميرالمؤمنين : ان أخرجك عن هذا فلي عليك كذا وإلا فاضربني مائة مقرعة ، فقال المتوكل : قد رضيت ، ياجعفر بن محمود صر اليه وسله عن حد المال الكثير ، فصار جعفر بن محمود الى أبي الحسن علي بن محمد عليهما السلام فسأله عن حد المال الكثير ، فقال له : الكثير ثمانون ، فقال له جعفر : ياسيدى أنه يسألني عن العلّة فيه ، فقال له أبوالحسن عليه السلام : ان الله عز وجل يقول : (٢) « لقد نصركم الله في مواطن كثيرة » فعددنا تلك المواطن فكانت ثمانين موطنا » .

وشيخنا الشهيد الثاني في المسالك ذكر أن الذي سأله المتوكل هو الجواد عليه السلام وهو غفلة عن مراجعة الرواية ، والشيخ والصدوق وجمع ممن تبعهما عدوا الحكم الى الوصية ، وأضاف الشيخ : الاقرار ، كما عرفت نظراً الى ان ذلك حد شرعي للكثير ، حيثما أطلق كالجزء والسهم ، فلا يقتصر على موضع السؤال إذ لو حمل في غير النذر على غيره لزم الاشتراك المخالف للأصل ، والمتأخرين كشيخنا الشهيد الثاني في المسالك طعنوا في الروايــة بالضعف والارسال ، مضافاً

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٦٣ ح ٢١ ، الوسائل ج ١٦ ص ٢٢٣ ح ١ .
(٢) سورة التوبة ــ الآية ٢٥ .

الى مخالفتها للأصل واللغة والعرف ، قال واستشهاده بالمواطن الكثيرة المنصور فيها لا يقتضي انحصار الكثير فيه ، فقد ورد في القرآن فيها ، فاكهة كثيرة ، وذكراً كثيراً ، ولم يحمل على ذلك ، والحق الرجوع فيه الى الوارث ، وبذلك صرح في المختلف أيضاً فقال : والوجه عندي اختصاص هذا التقدير بالنذر ، وللورثة أن يعطوا مهما شاؤا .

ومنها ما لو أوصى بوجوه من الوصايا فنسي الوصي بعضها فالمشهور بين الأصحاب أنه يصرف الأبواب المنسية في وجوه البر .

ويدل عليه مارواه المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) عن محمد بن ريان(١) « قال : كتبت الى أبي الحسن عليه‌السلام وفي الفقيه الى علي بن محمد عليهما‌السلام أسأله عن انسان أوصى بوصية فلم يحفظ الوصي إلا باباً واحدا منها ، كيف يصنع في الباقي ؟ فوقع عليه‌السلام : والأبواب الباقية اجعلها في البر » .

وذهب ابن ادريس والشيخ في أجوبة الحائريات الى بطلان الوصية ، فانه يرجع الى الورثة .

ونقل عن ابن ادريس الاحتجاج على ماذهب اليه بأنها وصية بطلت ، لامتناع القيام بها ، فترجع الى الوارث ، واحتج القائلون بالقول المشهور بان المال خرج عن الوارث بالوصية النافذة أولاً ؟ لأنه المفروض ، فعوده الى ملك الوارث يحتاج الى دليل ، وجهالة مصرفه تصيّره بمنزلة المال المجهول المستحق ، فيصرف في وجوه البر ، ولأنه لو رجع الى الوارث لزم تبديل الوصية للنهي عنه ، بخلاف البر ، لأنه عمل بمقتضاها ، غايته جهالة المصرف ، فيصرف فيما يصرف فيه المال المجهول ، ولأن الموصي ربما أراد بوصيته القربة المخصوصة ، فاذا فات الخصوص بالنسيان ، بقي العموم ، فيكون أقرب إلى مراد الموصي كذا قررة شيخنا في المسالك ، ثم

(١) الكافي ج ٧ ص ٥٨ ح ٧ ، التهذيب ج ٩ ص ٢١٤ ح ٨٤٤ ، الفقيه ج ٤ ص ١٦٢ ح ٥٦٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٣ الباب ٦١ .

قال : وتشهد له رواية محمد بن ريان ، ثم ساق الخبر كما قدمناه ، وانما جعله شاهداً دون أن يجعله دليلاً لضعف سنده عنده ، بهذا الاصطلاح المحدث ، فالدليل عنده انما هو ماقرره من هذه الوجوه التي ذكروها ، ولايخفى مافيه على الفطن النبيه ، والأظهر هو الاعتماد على الخبر .

اما بناءً على الاصطلاح القديم أو الجبرة بالشهرة بين الأصحاب ، إذ لا مخالف في الحقيقة إلا ابن ادريس ، والشيخ وان قال بذلك في الحائريات ، إلا أنه في كتبه موافق للأصحاب ، وتجعل هذه التعليلات التي ذكروها وجوهاً للنص ، وبيان الحكمة فيه .

ويعضد هذا النص جملة من النصوص أيضاً في جزئيات الوصايا ، ويستفاد من ضم بعضها الى بعض قاعدة كلية ، وهي أنه متى تعذر صرف الوصية على الوجه الموصى به لأي عذر كان ، فانها تصرف في وجوه البر ، ولا ترجع الى الورثة ، لتعذر المصرف .

فمن ذلك ماورد في جملة من الأخبار (١) «من أن من أوصى للكعبة بمال أو غلام أو جارية أو أهدى لها نحو ذلك ، فانه يصرف المال ، ويباع الغلام والجارية، ويصرف ثمنها في المنقطعين من الحاج ، معللاً بأن الكعبة لاتأكل ، ولاتشرب ، وما أهدي لها فهو لزوارها» .

ومن ذلك مارواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى ضرايحهم) عن علي بن مزيد صاحب السابري (٢) عن أبي عبدالله عليه‌السلام في حديث طويل يتضمن أنه أوصى رجل بتركته الي على المذكور وأمره أن يحج بها عنه ، وكانت التركة لاتبلغ ذلك، فسأل الفقهاء فأفتوه بالصدقة بها ، فتصدق بها ثم لقى أبا عبدالله عليه‌السلام فسأله وأخبره

---

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢١٣ ح ٨٤٢ و ص ٢١٤ ح ٨٤٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٣ الباب ٦٠ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٢١ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٨ ح ٨٩٦ ، الفقيه ج ٤ ص ١٥٤ ح ٥٣٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٣ الباب ٨٧ .

بما فعل فقال : ان كان لايبلغ ان يحج به من مكة فليس عليك ضمان ، وإلا فانت ضامن ، وقد قرره عليه السلام على الصدقة مع عدم بلوغ الحج به من مكة ، ولم يحكم ببطلان الوصية ، والرجوع ميراثاً ، وربما قيل : بالرجوع هنا ميراثاً كما نقله بعض مشايخنا ، والنص المذكور يرده .

ومن ذلك مارواه المشايخ الثلاثة (رضي الله عنهم) عن مثنى(١) « قال : سألته عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقباً ، قال : اطلب لها وارثا أو مولى فادفعها اليه ، قلت : فان لم أعلم له وارثاً ؟ قال : اجهد على أن تقدر له على ولي ، فان لم تجده وعلم الله منك الجهد ، فتصدق بها » .

والتقريب فيه ماتقدم من أنه مع تعذر التنفيذ فيما أوصى به يرجع الى الصدقة ، والخبر المذكور محمول إما على موت الموصي بتلك الوصية ، ثم موت الموصى له قبل الدفع له ، أو على بقاء الموصي مع عدم الرجوع في الوصية الى أن مات ، وقد تقدم الكلام في هذه المسئلة ، ومما يلائم ذلك أيضاً ماورد(٢) فيمن أوصى أن يعتق عنه نسمة بخمسمائة درهم ، فاشتريت بأقل فانها تعطى الباقي وتعتق ، الى غير ذلك من المواضع التي يقف عليها المتتبع .

ومنها مالو أوصى بسيف معين وهو في جفن ، فانه يدخل الجفن والحلية في الوصية ، وكذا لو أوصى بصندوق فيه ثياب أو سفينة وفيها متاع ، أو جراب وفيه متاع ، فان الوصية تكون شاملة للجميع ، وهذا هو المشهور بين الأصحاب متقدميهم ومتأخريهم ، وقال الشيخ في النهاية بذلك أيضاً إلا أنه قيده بكون الموصى عدلاً مأموناً ، فان لم يكن عدلاً وكان متهماً لم تنفذ وصيته في أكثر من ثلثه من الصندوق ، والسفينة والجراب وما فيها .

---

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ١٣ ح ٣ و ص ١٩ ح ١٣ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣١ ح ٩٠٥ و ص ٢٢١ ح ١٨ ، الفقيه ج ٤ ص ١٥٦ ح ٥٤٢ و ص ١٥٩ ح ١٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٩ ح ٢ و ص ٤٩٥ الباب ٧٧ ، وليس في هذه النسخ « عن مثنى » .

والذي يدل على المشهور ماروواه في الكافي والتهذيب عن أبي جميلة (١) « قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن رجل أوصى لرجل بسيف ، فقال الورثة : انما لك الحديد وليس لك الحلية ليس لك غير الحديد فكتب الي : السيف له وحليته » .

وما رواه المشايخ الثلاثة عن أبي جميلة (٢) عن الرضا عليه السلام قال : سألته عن رجل أوصى لرجل بسيف وكان في جفن ، وعليه حلية ؟ فقال له الورثة انما لك النصل ، وليس لك المال ، قال : فقال : لابل السيف بما فيه له ، قال : فقلت : رجل أوصى لرجل بصندوق وكان فيه مال ، فقال الورثة انما لك الصندوق ، وليس لك المال ، قال : فقال أبو الحسن عليه السلام : الصندوق بما فيه له » .

وما رواه في التهذيب عن علي بن عقبة (٣) عن أبيه « قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل أوصى لرجل بصندوق وكان في الصندوق مال ، فقال الورثة : انما لك الصندوق وليس لك ما فيه ، فقال : الصندوق بما فيه له » .

وعن عقبة بن خالد (٤) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل قال : هذه السفينة لفلان ، ولم يسم ما فيها ، وفيها طعام أيعطيها الرجل وما فيها ؟ قال: هي للذي أوصى له بها ، إلا أن يكون صاحبها متهما ، وليس للورثة شيء » .

ورواه الصدوق إلا أنه قال « إلا ان يكون صاحبها استثنى مما فيها وليس للورثة شيء » .

قال في كتاب الفقه الرضوي (٥) واذا أوصى رجل لرجل بصندوق أو سفينة

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ٤٤ ح ٣ و ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢١١ ح ٨٣٩ و ٨٣٧ ، الفقيه ج ٤ ص ١٦١ ح ٥٦١ .

(٣) و (٤) التهذيب ج ٩ ص ٢١٢ ح ٨٤٠ و ٨٣٨ ، الفقيه ج ٤ ص ١٦١ ح ٥٦٢ .

(٥) المستدرك ج ٢ ص ٥٢٧ الباب ٥٠ ح ١ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٤٥١ ح ٢ و ١ وص ٤٥٢ ح ١ و ٢ وص ٤٥٢ ح ١ الباب ٥٩ .

وكان في الصندوق أو السفينة متاع أو غيره ، فهو مع ما فيه لمن أوصى له ، إلا أن يكون قد استثنى ما فيه » .

وهذه الروايات كما ترى ظاهرة الدلالة على القول المذكور إلا رواية عقبة بن خالد الأخيرة بناءً على غير رواية الصدوق وسيأتي الكلام فيها ان شاء الله تعالى .

وقال في المسالك ـ بعد الاستدلال للقول المشهور برواية أبي جميلة الثانية ورواية عقبة بن خالد الأخيرة ـ ماصورته : وهذه الروايات ضعيفة السند ، إلا أن العرف شاهد لدخول جفن السيف وحليته فيه ، وهو محكم في أمثال ذلك ، فانه لوقال : خذ سيفك أو سافر فلان بسيفه ، لايفهم منه إلا مجموع هذه الأشياء حتى لو جرده عن غمده لعده العقلاء سفيها ، والعرف كاف في اثبات ذلك وتبقى الرواية شاهدة فالحكم بدخولها فيه قوى ، وأما الباقي فلا يدل العرف على تناول الظرف للمظروف غالباً ، والرواية قاصرة عن اثبات المطلوب فالقول بعدم الدخول أجود ، نعم لودل العرف أو القرينة على شيء في بعض الأفراد اتبع ، كما أنه لودل على عدم دخول الجفن أو الحلية في بعض الموارد لم يدخل ، وجملة الأمر ترجع الى عدم الدخول إلا مع العرف والقرينة ، وبنحو ذلك صرح في المختلف .

أقول : لايخفى مافيه ، فان رد الأخبار بمجرد الاعتبار ، جرأة على الأئمة الأطهار ، والأحكام الشرعيه مبنية على التوقف لامسرح للقول فيها كما تقدم في غير موضع والأخبار المذكورة وان ضعف سندها بهذا الاصطلاح الذى هو الى الفساد أقرب من الصلاح ، كما أوضحناه في مقدمات كتاب الطهارة ، إلا أنه لاراد لها من الاصحاب ، وضعفه منجبر بالشهرة بينهم ، وقد جروا على ذلك في مواضع لاتحصى من الأحكام كما لايخفى على المتتبع .

نعم يمكن التوقف على نفيه في مقام التهمة ، بناءً على رواية الشيخين في الكافي والتهذيب ، وأما على رواية الصدوق فلا اشكال ، وهكذا هو مختاره في الدروس .

وأما ماذكره الشيخ مما قدمنا نقله فانه استشكل فيه جملة ممن تأخرعنه، منهم العلامة في المختلف وشيخنا في المسالك بأن فيه أولاً ان ماشرطه من عدالة الموصى غير معتبر في الوصية مطلقا ، وانما يعتبرها بعض الأصحاب في الاقرار على بعض الوجوه على مافيه .

وثانياً أن نفوذها من الأصل علي تقدير العدالة ، ومن الثلث على تقدير عدمها ، فانه أيضاً ليس من جملة أحكام الوصية بل من أحكام إقرار المريض على بعض الوجوه ، وسيأتي انشاء الله تعالى ذكره عند ذكر المسئلتين .

وثالثاً تعميمه الحكم في هذه الأشياء من الصندوق والسفينة والجراب مع أن الرواية التي هي منشأ حكمه انما موردها السفينة ، وهي رواية خالد بن عقبة كما عرفت ، بروايته في الكافي ، والتعدية الى غيرها مع المخالفة للأصل بعيد .

وقال المحدث الكاشاني في الوافي ذيل هذه الرواية ، « يعني بالتهمة » أن يظن به ارادته الاضرار بالورثة ، وأن لايبقى لهم شيء ، وقوله وليس للورثة شيء عطف على « هي للذي » ويحتمل أن يكون معناه ولم يبق لهم شيء من تتمة الاستثناء وفي نسخ الفقيه « إلا أن يكون صاحبها استثنى مما فيها » ، وعلى هذا فلا يحتمل قوله « وليس للورثة شيء » إلا معناه الظاهر ، وعلى معناه الظاهر تحمل الوصية على الاقرار ، لعدم صحتها مشدوداً كان أم لا .

ونقل عن الشيخ المفيد أنه قيد الصندوق بكونه مقفلاً ، والجراب بكونه مشدوداً ، والنصوص كما عرفت مطلقة هذا ، وظاهر الأخبار المتقدمة وبه صرح بعض الأصحاب كون ذلك الموصى به معينا ، فلو كان مطلقا كما لو قال أعطوه سيفاً أوسفينة أو صندوقاً ، فانه لايتناول إلا مادل عليه اللفظ ، وهذا في السفينة والصندوق ظاهر حيث ان مافيها لايدخل في مدلول اللفظ ، وأمّا في السيف فاشكال لما تقدم نقله عن المسالك ، من حيث دلالة العرف على تبعية الجفن والحلية ودخولهما في اطلاق السيف ، فيدخل حينئذ سواء كان معيناً أو مطلقاً ولايخلو من قوة .

وفي المسالك هنا أن دخول الجفن قوي لأنه كالجزء عرفاً ، أمّا الحلية فلا تدخل إلا مع التعيين ، وهو خلاف ماصرح به أولاً مما قدمنا نقله عنه ، بل الظاهر أن العكس أقوى لأن الحلية أقرب الى الجزئية من الجنس الذي هو متفرد على حده ، والله العالم .

ومنها ما لو أوصى في سبيل الله وقد اختلف الأصحاب في ذلك فقال الشيخ في النهاية والشيخ المفيد في المقنعة : اذا أوصى بثلث ماله في سبيل الله ولم يسم أخرج في معونة المجاهدين لأهل الضلال والكافرين ، وإن لم يحضره مجاهد في سبيل الله وضع في أبواب البر من معونة الفقراء والمساكين ، وأبناء السبيل ، وصلة آل الرسول ، بل يصرف أكثره في فقراء آل محمد ﷺ ومساكينهم وأبناء سبيلهم ، ويصرف مابقي بعد ذلك في أبواب البر ، وتبعهما في ذلك ابن البراج في الكامل ، وقال في المبسوط : اذا أوصى بصرف ثلث ماله في سبيل الله ، فسبيل الله هم الغزاة ، وهم على ضربين أحدهما المرابطون المترصدون للقتال ، فهؤلاء لاتدفع اليهم من الزكاة ، لأنه يصرف اليهم أربعة أخماس الغنيمة ، والضرب الثاني هم أصحاب الصنايع الذين اذا نشطوا غزوا ، ثم عادوا الى حرفتهم ، فهؤلاء تدفع اليهم من الزكاة مع الغنى والفقر ، وهكذا الوصية ، وفي أصحابنا من قال : ان سبيل الله يدخل فيه جميع مصالح المسلمين ، من بناء القناطير وعمارة المساجد ، والمشاهد ، والعمرة ، ونفقة الحاج ، والزوار ، وغير ذلك .

دليلنا على هذا أخبار الطائفة ، وأيضاً فان جميع ذلك طريق الى الله ، وسبيل اليه ، فالأولى حمل اللفظ على عمومه ، وكذا الخلاف في آية الزكاة .

أقول : وظاهره اختيار القول الثاني ، وقال ابن الجنيد اذا قال في السبيل ، أو سبيل الله جاز ذلك لأهل الثغور ، وأقربهم اليه أولى ، وجاز أن يجعل في الحج لقول رسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلّم) (١) لأم معقل وقد سألته عن ابنها

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٢٧٤ .

وقد جعل بغيره في السبيل « اركبي بعيرك ، فان الحج من سبيل الله » ، وجاز أيضاً فيمن كان مرابطاً لأعداء الله وحابساً نفسه على جهادهم ، والذب عن دين الله والمسلمين .

وقال علي بن بابويه : ان شاء جعله لامام المسلمين ، وان شاء جعله في حج أو فرقه على قوم مؤمنين ، وبذلك قال ابنه في المقنع .

وقال ابن أدريس : يصرف ذلك في جميع مصالح المسلمين ، مثل بناء القناطر والمساجد ، وتكفين الموتى ، ومعونة الحاج ، والزوار ، وما أشبه ذلك لاجماع أصحابنا ، ولأن ماذكرناه طريق الى الله تعالى ، واذا كان كذلك فالأولى حمل لفظة « سبيل الله » على عمومها ، والظاهر أنه الى هذا القول مال جملة من تأخر عنه والمستند فيه ما أشار اليه ، وتوضيحه أن السبيل لغة الطريق ، والمراد بسبيل الله الطريق اليه ، أي الى رضوانه وثوابه ، لاستحالة التحيز عليه جل شانه ، وهذا المعنى شامل لجميع ما يتقرب به الى الله تعالى ، فيجب حمل اللفظ عليه ، حيث لامخصص من شرع أو عرف .

ونقل عن الشيخ ومن تبعه من الحمل على الغزاة ، انهم احتجوا بأن الشرع يقتضي صرف السبيل الى الغزاة ، وحكم كلام الآدميين مع اطلاقه حكم ما اقتضاه الشرع ، قال في المختلف ومثله المسالك : والمقدمتان ممنوعتان .

أقول : والذي وقفت عليه من الأخبار في هذا المقام مارواه المشايخ الثلاثة (نور الله مراقدهم) عن الحسن بن راشد (١) قال : سألت العسكري عليه السلام وفي الفقيه أبا الحسن العسكري عليه السلام بالمدينة عن رجل أوصى بمال في سبيل الله فقال : سبيل الله شيعتنا » .

وما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن حجاج الخشاب (٢) « عن

---

(١) الكافي ج ٧ ص ١٥ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٤ ح ٨١١ ، الفقيه ج ٤ ص ١٥٣ ح ٥٣٠ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٥ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٣ ح ٨١٠ .
وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٤١٢ ح ١ و ص ٤١٣ ح ٣ .

ابى عبدالله عليه السلام قال : سألته عن امرأة أوصت الى بمال أن يجعل في سبيل الله فقيل لها تحج بـه ؟ فقالت : اجعله في سبيل الله ، فقالوا لها : فنعطيه آل محمد (صلى الله عليه وآله) ؟ فقالت : اجعله في سبيل الله ، فقال أبو عبدالله عليه السلام : اجعله في سبيل الله كما أمرت ، قلت : مرني كيف اجعله ؟ قال : اجعله كما أمرتك ان الله تبارك وتعالى يقول (١) « فمن بدله بعد ماسمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه ان الله سميع عليم » أرأيتك لو أمرتك ان تعطيه يهودياً كنت تعطيه نصرانيا ؟ قال : فمكثت بعد ذلك ثلاث سنين ثم دخلت عليه فقلت له : مثل الذي قلت له أول مرة فسكت هنيئة ثم قال : هاتها قلت : من أعطيها ؟ قال : عيسى شلقان » .

ومارواه المشايخ الثلاثة عن الحسين بن عمر (٢) « قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام أن رجلاً أوصى الى بشيء في السبيل فقال لي : اصرفه في الحج ، قال : قلت له أوصى لي في السبيل قال : اصرفه في الحج » ، وفي التهذيب دون الآخرين « قلت له : أوصى في السبيل ؟ فقال : اصرفه في الحج فاني لاأعلم شيئاً من سبيل أفضل من الحج » وجمع في الفقيه بين هذا الخبر والخبر الأول يصرفه الى الشيعة لتحج به ، واستحسنه الشيخ في التهذيبين .

وأنت خبير بأن سبيل الله امّا أن يخص بالجهاد كما هو أحد القولين في المسئلة ، أو يفسر بما هوأعم فيدخل جميع القربات ، والمعنى الأول لامجال لاعتباره هنا ، وعلى الثاني فلا تنافي بين الحديثين ، ليحتاج الى الجمع بين الخبرين .

ومارواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن محمد بن مسلم (٣) « قال سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل أوصى بماله في سبيل الله فقال : اعطه لمن أوصى به وان

(١) سورة البقرة ـ الاية ١٨١ .

(٢) و (٣) الكافي ج ٧ ص ١٥ ح ٥ وص ١٤ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٣ ح ٨٠٩ و ٨٠٨ ، الفقيه ج ٤ ص ١٥٣ ح ٥٣٠ وص ١٤٨ ح ٥١٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤١٢ ح ٢ و ص ٤١١ ح ١ .

كان يهودياً أو نصرانياً ، ان الله تبارك وتعالى يقول « فمن بدله بعدماسمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه » قال في الفقيه « ماله هو الثلث » .

وعن يونس بن يعقوب (١) « أن رجلاً كان بهمدان ذكر أن أباه مات وكان لايعرف هذا الأمر أوصى بوصية عند الموت ، وأوصى بان يعطى شيء في سبيل الله فسئل عنه أبو عبدالله عليه السلام كيف يفعل به ، فأخبرناه أنه كان لايعرف هذا الأمر ، فقال : لوأن رجلاً أوصى الى أن أضع في يهودي أو نصراني لوضعته فيهما ، ان الله عزوجل يقول « فمن بدله بعد ماسمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه » فانظروا الى من يخرج الى هذا الوجه ، يعني بعض الثغور فابعثوا به اليه » .

وقال الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي (٢) : وان أوصى بماله في سبيل الله ولم يسم السبيل فان شاء جعله لامام المسلمين ، وان شاء جعله في حج أو فرقه على قوم مؤمنين » وهذه العبارة عين عبارة الشيخ علي بن بابويه في المقنع كما تقدم ، ومنه يعلم أن مستنده في ذلك انما هو الكتاب المذكور كما تلوناه عليك في غير موضع ، ولاسيما في كتب العبادات .

أقول : مرجع الخلاف المذكور في هذه المسئلة الى أن سبيل الله متى أطلق هل هو الجهاد أو جميع أبواب البر ؟ فالشيخ ومن تبعه على الأول ، وان جوز مع تعذر الصرف في أنواع البر ، والمشهور بين المتأخرين الثاني ، ولايخفى أن الأول مذهب أكثر العامة .

قال في المنتهى في كتاب الزكاة . وانما الخلاف في تفسيره ، والشيخ في النهاية والجمل أنه الجهاد ، وبه قال الشافعي وأبوحنيفة ومالك وأبويوسف ، وقال أحمد ومحمد بن الحسن : يجوز أن يصرف في معونة الحاج .

ومن ذلك يظهر أن ما دلت عليه رواية يونس بن يعقوب من أمره عليه السلام

(١) الكافي ج ٧ ص ١٤ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤١٤ ح ٤ .

(٢) المستدرك ج ٢ ص ٥٢٤ الباب ٣٠ ح ٣ .

بدفع ذلك الى من يخرج الى بعض الثغور انما هو من حيث ان الموصي كان من العامّة ، القائلين باختصاص هذا اللفظ بالمجاهدين ، فلا منافاة فيها لما تقدم .

وأمّا صحيحة محمد بن مسلم فظاهرها أن المراد بسبيل الله الذى أمر عليه السلام بالاعطاء له هو الجهاد ، وهو إمّا محمول على كون الموصي مخالفاً ، أو أن الحكم خرج مخرج التقية ، والاستدلال بالآية مضافاً الى قوله « اعطه لمن أوصى » يؤيد الأول .

و أمّا رواية حجاج الخشاب فظاهرها أيضاً أن المرأة الموصية كانت مخالفة وأنها أرادت بسبيل الله الجهاد ، ولهذا كلما كرر عليها بعض وجوه القربات ، يأمر بالجعل في سبيل الله ، وقد أمر عليه السلام بصرفه في ذلك محتجاً بالآية ، وفيه اشارة الى أنها انما قصدت الجهاد ، فالمخالفة له تبديل منهي عنه ، ثم قال له « أرأيتك لو أمرتك أن تعطيه يهودياً كنت تعطيه نصرانياً » ، وفيه أيضاً اشارة الى معلومية الموصى اليه من هذا اللفظ ، وليس إلا الجهاد .

بقي الكلام في عدوله عليه السلام بعد هذه المدة الى ماذكره في آخر الخبر من الدفع الى ذلك الرجل ،ويحتمل أن يكون من حيث عدم وجود المصرف في ذلك الوقت أو ارادة ان جهادهم لم يكن مشروعاً ، عدل عنه الى صرفه في الشيعة ، كما هو مذهبهم عليهم السلام في المسئلة .

وأمّا باقي الأخبار فهي متلائمة متقاربة للدلالة على القول المشهور ، ويؤيدها ما رواه الثقة الجليل علي بن ابراهيم القمي في تفسيره ، في تفسير قوله سبحانه في آية الزكاة « في سبيل الله » (١) « عن العالم عليه السلام قال و « في سبيل الله » قوم يخرجون الى الجهاد وليس عندهم ما يتقوون به ، أو قوم من المؤمنين ليس عندهم ما يحجون به ، أو في جميع سبيل الخير » الحديث ، وبذلك يظهر أن الأقوى هو القول المشهور ، والله العالم .

(١) الوسائل ج ٦ ص ١٤٥ ح ٧ ، تفسير القمي ج ١ ص ٢٩٩ .

ومنها ما لو أوصى باخراج بعض ولده من ميراثه ، فان المشهور أنه لاتنفذ وصيته ، وقيل ، انها تصح ، لكن في الثلث خاصة ، وهو ظاهر اختيار العلامة في المختلف ، قال في الكفاية : ولعلّه أقرب .

وقيل : بالصحة من الأصل فيمن أوصى أبوه باخراجه لوقوعه على أم ولد له ، فانه يحرم من جميع التركة ، وهو ظاهر الصدوق ، والشيخ في كتابي الأخبار .

قال المحقق في الشرايع : ولو أوصى باخراج بعض ولده من تركته لم يصح ، وهل يلغو اللفظ فيه ؟ تردد ، بين البطلان واجرائه مجرى من أوصى بجميع ماله لمن عدا الولد ، فتمضى من الثلث ، ويكون للمخرج نصيبه من الباقي بموجب الفريضة ، والوجه الأول ، وفيه رواية بوجه آخر مهجورة ، انتهى .

وعلّل وجه الصحة واعتبار الثلث ـ كما ذهب اليه في المختلف ـ بأن اخراجه من التركة يستلزم تخصيص باقي الورثة بها ، فكان كما لو أوصى بها ، لمن عداهم فتمضى من الثلث بمعنى حرمان ذلك باخراجه من الثلث ، ومشاركته في الثلثين ان كان معه مساو ، والاختصاص ان لم يكن .

ولشيخنا الشهيد الثاني في المسالك هنا مؤاخذة على هذا القول ، الظاهر أنها لاتخلو من تكلف ، وهذا يدل على القول المشهور ، وظاهر الكتاب والسنة كقوله عز وجل (١) « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض » .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن سعد بن سعد (٢) « قال : سألته يعني أبا الحسن الرضا عليه‌السلام عن رجل كان له ابن يدعيه فنفاه وأخرجه من الميراث وأنا وصيّه ، فكيف أصنع ؟ فقال عليه‌السلام: لزمه الولد باقراره بالمشهد لايدفعه الوصي عن شيء قد علمه » ، والمسئلة بمحل من الاشكال لعدم النص المفصح عن تحقيق الحال .

---

(١) سورة النساء ـ الاية ١١ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٦٤ ح ٢٦ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٥ ح ٩١٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٦ ح ١ .

بقي الكلام فيما ذهب اليه الصدوق والشيخ (طيّب الله تعالى مرقديهما) من القول المتقدم نقله عنهما ، فانه يدل عليه ما رواه في الكافي والفقيه عن وصي علي بن السرى(١) « قال : قلت لأبي الحسن عليه السلام : ان علي بن السرى توفى فأوصى الي قال : (رحمه الله) قلت : وان ابن جعفر أوقع على أم ولد له فأمرني أن أخرجه من الميراث ، قال : فقال لي اخرجه من الميراث و ان كنت صادقاً فيصيبه خبل ، قال : فرجعت فقدمني الى أبي يوسف القاضي ، فقال له ، أصلحك الله أنا جعفر بن علي بن السرى وهذا وصي أبي فمره ، فليدفع الي ميراثي من أبي ، فقال أبو يوسف القاضي لي : فما تقول ؟ فقلت له : نعم هذا جعفر بن علي بن السرى وأنا وصي علي بن السرى ، قال : فادفع اليه ماله ، فقلت : أريد أن أكلمك ، قال فادن الي ، فدنوت حيث لا يسمع أحد كلامي فقلت له : هذا وقع على أم ولد لأبيه فأمرني أبوه ، وأوصى الي أن أخرجه من الميراث ، ولا أورثه شيئاً ، فأتيت موسى بن جعفر عليه السلام بالمدينة ، فأخبرته وسألته فأمرني أن أخرجه من الميراث ولا أورثه شيئاً ، فقال : الله ان أبا الحسن عليه السلام أمرك ؟ قال : قلت : نعم ، فاستحلفني ثلاثاً ثم قال لي : أنفذ ما أمرك أبو الحسن عليه السلام فالقول قوله ، قال الوصي : فأصابه الخبل بعد ذلك ، قال أبو محمد الحسن بن علي الوشا : فرأيته بعد ذلك ، وقد أصابه الخبل » ، وهذه الرواية التي أشار اليها المحقق بأنها مهجورة .

قال الصدوق في الفقيه : ومتى أوصى الرجل باخراج ابنه من الميراث ، ولم يحدث هذا الحديث لم يجز للوصي انفاذ وصيته في ذلك ، وتصديق ذلك مارواه ابن عيسى عن عبدالعزيز المهتدى عن سعد بن سعد ثم ساق الرواية المتقدمة .

وظاهره تقييد اطلاق خبر سعد بخبر وصي علي بن السرى ويأتي على هذا تقييد الآيات المتقدمة بالخبر المذكور أيضاً .

(١) الكافي ج ٧ ص ٦١ ح ١٥ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٥ ح ٩١٧ ، الفقيه ج ٤ ص ١٦٢ ح ٥٦٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٦ ح ٢ .

وقال الشيخ في كتابي الأخبار بعد نقل خبر وصي علي بن السرى : هذا الحكم مقصور على هذه القضية ، لا يتعدى به الى غيرها ، وظاهرهما أنهما عاملان بالخبر في كل من فعل ذلك .

قال الشيخ : فهو ظاهر عبارته المذكورة ، وأمّا ابن بابويه فلما صرح به في أول كتابه من أنه لايذكر فيه إلا ما يفتي به ، ويعتمد عليه .

وأمّا الوجه في اطراح المتأخرين هذا الخبر وهجره ، فمن حيث جهل الراوى وهو وصي علي بن السرى فانه مجهول الاسم والعدالة ، وفي طريقه أيضاً المعلّى ، وهو مشترك بين الثقة والضعيف ، والمتقدمون كالشيخ والصدوق وأمثالهما لما لم يكن لهذا الاصطلاح عندهم أثر عملوا بالرواية ، لصحتها بوجودها في الاصول المعتمدة ، وهو الحق الحقيق بالاتباع .

قال في المسالك : واعلم أنه لافرق في الحكم بين الولد وغيره من الوارثان حكمنا بالبطلان أو بنفوذها من الثلث ، وان عملنا بالرواية ، وجب قصرها على موردها ، وهو الولد المحدث للحديث المذكور ، وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده ، انتهى .

تنبيهات :

الاول : قالوا : اذا أوصى بلفظ مجمل لم يرد تفسيره فى الشرع رجع فى تفسيره الى الوارث ، كقوله أعطوه حظاً من مالى أو قسطاً أو نصيباً أو قليلاً أو يسيراً أو جليلاً أو جزيلاً ومرجعه الى أن كلما يتمول صالح لأن يكون متعلق الوصية ، وهو فى نحو القسط والنصيب والحظ والقليل واليسير واضح .

قال فى كتاب المصباح المنير : القسط : النصيب ، وقال : النصيب : الحصة ، وقال : الحصة : القسم ، وهو ظاهر فى أن مرجع هذه الألفاظ الى معنى واحد ، وهو جزء معين من المال ، قل أو كثر ، وأمّا في الجزيل والجليل وما في معناهما كالعظيم والنفيس ، فهو وان كان يقتضى عرفاً زيادة على التمول ، إلا أنه مع

ذلك يحتمل ارادة الأقل ، نظراً الى أن الجميع متصف بذلك في نظر الشارع ، ولاينافيه مع ذلك وصفه بالقلّة ونحوها ، لاختلاف الحيثية بقلته من حيث المقدار وجلالته من حيث الاعتبار .

وبالجملة فان ظاهره الرجوع فيذلك الى الوارث على التفصيل المذكور ، قالوا : ولو تعذر الرجوع اليه لسفه أو صغر أو امتناع ، أعطى أقل مايصدق عليه الاسم ، لأنه متيقن .

الثاني : اذا ادعىالموصى له أن الموصي أراد من بعض هذه الألفاظ المجملة قدراً مخصوصاً كأن ادعى أنه اراد بقوله اعطوه مالاً جليلاً يعني ألف درهم ، فأنكر الوارث ، فالقول قوله ، إلا أن يدعي الموصى له عليه العلم بذلك ، فعلى الوارث اليمين على نفي العلم ، لانفي ارادة الموصى ، ذلك لأن ارادته لاتلزم الوارث ، إلا اذا علم بها ، وان كانت واقعة في نفس الأمر ، فاذا ادعاها الموصى له لانلتفت الى دعواه ، إلا أن يدعي علم الوارث بها ، فيحلف له على نفي العلم ، لاعلى البت ، لأنه حلف على نفي فعل الغير ، وهذه قاعدة مستمرة .

الثالث : المشهور بين الأصحاب أن الوصية بالخمس أفضل من الوصية بالربع ، وبالربع أفضل منها بالثلث ، وقال ابن حمزة ان كانت الورثة أغنياءكانت الوصية بالثلث أولى ، وان كانوا فقراء فبالخمس ، وان كانوا متوسطين فبالربع ، قال العلامة في المختلف بعد نقله عنه : ولابأس بهذا القول .

أقول : والذي وقفت عليه من الأخبار المتعلّقة بهذا المقام مارواه في الكافي عن شعيب العقرقوفي في الصحيح(١) « قال سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يموت ، ماله من ماله ؟ فقال : له ثلث ماله وللمرأة أيضاً » ورواه الصدوق عن حماد بن عيسى عن شعيب عن أبي بصير (٢) « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يموت » الحديث .

(١) الكافي ج ٧ ص ١١ ح ٣ ، التهذيب ج ٩ ص ١٩١ ح ٧٧٠ .
(٢) الفقيه ج ٤ ص ١٣٦ ح ٤٧٣ .
الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٢ ح ٢ .

ومارواه في التهذيب عن ابن سنان (١) والظاهر أنه عبدالله في الصحيح « قال: للرجل عند موته ثلث ماله ، وان لم يوص فليس على الورثة امضاؤه » .

وعن علي بن يقطين في الصحيح (٢) « قال سألت أبا الحسن عليه‌السلام ما للرجل من ماله عند موته ؟ قال : الثلث ، والثلث كثير » .

وما رواه الصدوق عن محمد بن عمير عن معاوية بن عمار (٣) في الصحيح « عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال : كان البراء بن معرور الأنصارى بالمدينة ، وكان رسول الله (صلى‌الله عليه وآله وسلّم) بمكة ، وأنه حضره الموت ، وكان رسول الله (صلى‌الله عليه وآله وسلم) والمسلمون يصلّون الى بيت المقدس ، فأوصى البراء بن معرور اذا دفن أن يجعل وجهه تلقاء النبي (صلى الله عليه وآله وسلّم) الى القبلة ، وأوصى بثلث ماله ، فجرت به السنة » .

وما رواه في الكافي عن أبي بصير (٤) « عن أبي عبدالله عليه‌السلام في الرجل له الولد يسعه أن يجعل ماله لقرابته ؟ فقال : هو ماله يصنع به ماشاء الى أن يأتيه الموت ، الى أن قال : فان أوصى به ليس له إلا الثلث » .

وما رواه المشايخ الثلاثة (عطرالله تعالى مراقدهم) في الصحيح عن محمدبن قيس (٥) « عن أبي جعفر عليه‌السلام قال : كان أمير المؤمنين عليه‌السلام يقول : لئن أوصي بخمس مالي أحب الي من أن أوصى بالربع ، ولئن أوصى بالربع أحب الى من أن أوصى بالثلث ، ومن أوصى بالثلث فلم يترك فقد بالغ » وزاد في الكافي والتهذيب

(١) و (٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٢ ح ٩٣٩ و ٩٤٠ .

(٣) الفقيه ج ٤ ص ١٣٧ ح ٤٧٩ وليس فيه « اذا دفن » ، التهذيب ج ٩ ص ١٩٢ ح ٧٧١ ، الكافي ج ٧ ص ١٠ ح ١ .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٨ ح ٨ ، التهذيب ج ٩ ص ١٨٨ ح ٧٥٥ .

(٥) الكافي ج ٧ ص ١١ ح ٤ ، التهذيب ج ٩ ص ١٩٢ ح ٧٧٣ ، الفقيه ج ٤ ص ١٣٦ ح ٤٧٦ بتفاوت يسير .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٣ ح ٧ و ٨ و ص ٣٦١ ح ١ و ص ٣٦٣ ح ٦ و ص ٣٦٠ ح ١ و ص ٣٥٨ ح ١ .

« قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل توفي وأوصى بماله كلّه أو أكثره فقال : ان الوصية ترد الى المعروف غير المنكر فمن ظلم نفسه وأتى في وصيته المنكر والحيف ، فانها ترد الى المعروف ، ويترك لأهل المعروف ميراثهم ، وقال : من أوصى بثلث ماله فلم يترك وقد بلغ المدى ، ثم قال لئن أوصى بخمس مالي أحب الى من أن أوصى بالربع » .

وما رواه في الكافي والفقيه عن حماد بن عثمان (١) « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : من أوصى بالثلث فقد أضر بالورثة ، والوصية بالخمس والربع أفضل من الوصية بالثلث ، ومن أوصى بالثلث فلم يترك » .

وعن السكوني (٢) عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : الوصية بالخمس ، لأن الله تعالى رضى لنفسه بالخمس ، وقال الخمس اقتصاد ، والربع جهد ، والثلث حيف » .

وما رواه في التهذيب عن يونس بن يعقوب (٣) « قال : ان أبا عبد الله عليه السلام لما أوصى قال له بعض أهله : انك قد أوصيت بأكثر من الثلث ، قال : مافعلت ولكن قد بقي من ثلثي كذا وكذا وهو لمحمد بن اسماعيل » .

وما رواه في الكافي والفقيه في الصحيح عن عبدالرحمن بن الحجاج (٤) « قال : سألت ابا الحسن عليه السلام عما يقول الناس في الوصية بالثلث والربع عند موته أشيء صحيح معروف ؟ أم كيف صنع أبوك ؟ فقال : الثلث ذلك الأمر الذي صنع أبي (رحمه الله) .

أقول : لاريب في دلالة جملة من هذه الأخبار على الرخصة في الثلث من

(١) الكافي ج ٧ ص ١١ ح ٥ ، الفقيه ج ٤ ص ١٣٦ ح ٤٧٥ .
(٢) الفقيه ج ٤ ص ١٣٦ ح ٤٧٢ .
(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٩٤ ح ٧٧٩ .
(٤) الكافي ج ٧ ص ٥٥ ح ١١ ، الفقيه ج ٤ ص ١٧٢ ح ٦٠٢ .
وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٠ ح ٢ و ص ٣٦١ ح ٣ و ص ٣٦٣ ح ١٠ و ص ٣٦٢ ح ٣ .

غير كراهة ، ولاسيما أخبار فعل الائمة عليهم السلام وذلك لايبعد حمل مادل على الكراهة وأن الأفضل الخمس أو الربع على مراتب حال الورثة في الغنى والفقر، كما تقدم نقله عن أبي حمزة ، ولعل فعل الائمة عليهم السلام ذلك ، محمول على ذلك .

ونقل عن التذكرة التفصيل أيضاً في ذلك ، فقال : لايبعد عندى التقدير بأنه متى كان المتروك لايفضل عن غنى الورثة لاتستحب الوصية ، لأن النبي (صلّى الله عليه وآله وسلّم) علّل المنع من الوصية بقوله(١) « ان ترك خيراً الوصية للوالدين» لأن ترك ذريتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة ، ولأن اعطاء القريب المحتاج خير من اعطاء الأجنبى ، فمتى لم يبلغ الميراث غناهم ، كان تركه لهم كعطيتهم فيكون ذلك أفضل من الوصية لغيرهم ، وحينئذ يختلف الحال باختلاف الورثة ، وكثرتهم وقلتهم وغناهم وحاجتهم ولا يتقدر بقدر من المال ، انتهى وهو جيد .

المقصد الرابع في احكام الوصية :

وفيه مسائل : **الاولى** : من المقرر في كلامهم أنه لايشترط في الموصى به كونه موجوداً بالفعل وقت الوصية ، بل لو أوصى بما تحمله الدابة أو الشجرة في هذه السنة أو السنة المستقبلة ، فانه يصح ، إلا أنه لو أشار الى معين وأوصى بجملة الموجود ـ أو أوصى بالجمل الموجود لأمته أو بحملها مطلقاً في مقام تدل القرينة على ارادة الموجود ـ وبالجمله فان الوصية تعلقت بما هو موجود ، فانه يشترط أن يكون موجوداً حال الوصية ، ولو بمقتضى الظاهر شرعاً فلو كان الحمل لأمة ولدته لأقل من ستة أشهر وهي أقل الحمل من حين الوصية ، علم كونه موجوداً البتة ، ولو ولدته لأكثر من أقصى الحمل من حين الوصية تبين بطلانها ، لتبين عدم كونه موجوداً حين الوصية ، لأنه اذا كان المدة من حين الوصية قد انقضت ، ومضت من حين الوطىء المتولّد منه الحمل قبل الوصية .

---

(١) سورة البقرة ـ الاية ١٨٠ .

ولو ولدته فيما بين أقصى مدة الحمل وأقله ، احتمل وجوده حال الوصية وعدمه ، قالوا : وينبغي أن ينظر حينئذ ، فان كانت الأمة فراشاً بحيث يمكن تجددة بعد الوصية لم يحكم بصحتها ، لأن الأصل عدم تقدم حال الوصية ، وان لم يكن فراشاً بأن فارقها الواطيء المباح وطؤه لها من حين الوصية حكم بوجوده، عملاً بالظاهر ، واصالة عدم وطيء غيره فيحكم به للموصى له .

هذا مقتضى كلامهم كما صرح به في المسالك وغيره ، وربما قيل : بأن الظاهر الغالب انما هو الولادة لتسعة اشهر تقريباً ، فما تولد قبلها يظهر كونه موجوداً ، وان كان لها فراش ، وان الخلية يمكن وطئها محللاً بالشبهة ، ومحرما لو كانت كافرة ، اذ ليس فيها محذور بعد الصيانة ، بخلاف المسلمة ، ودفعه في المسالك بأن الحكم السابق مرتب على الأصل المقدم على الظاهر عند التعارض ، إلا فيما شذ .

وبالجملة فالمسئلة حينئذ من باب تعارض الأصل والظاهر ، فلو رجح مرجح الظاهر عليه في بعض مواردها كما يتفق في بعض نظائره لم يكن بعيداً ، ان لم ينعقد الاجماع على خلافه ، وكيف كان فلا خروج عما عليه الجماعة ، انتهى .

أقول : أنت خبير بأن المسئلة خالية من النصوص ، والدليل الشرعي بالعموم والخصوص ، فالحكم في هذه الصورة الثالثة محل الاشكال ، ثم انه ينبغي أن يعلم أن فرض المسئلة المذكورة في ولد الأمة مبنى على كون الحمل مملوكاً ، وهو إما بكون الزوج مملوكاً قد شرط مولى الجارية على مولاه رق الولد ، أو يكون الزوج مملوكاً للموضي ، وقد شرط على مولى الجارية رق الولد ، أو كون الزوج حراً على القول بجواز شرط رقية الولد .

ولو كان الحمل لغير الأمة من البهايم قال في المسالك : صح أيضاً واشترط وجوده حال الوصية كحمل الأمة ، إلا أن العلم به لا يتقيد بولادته قبل ستة أشهر ، ولا انتفاء وجوده حالتها يعلم بتجاوز العشرة ، لاختلاف الحيوان في ذلك اختلافاً

كثيراً ، والمرجع فيها الى العادة الغالبة لعدم ضبط الشارع حملها ، كالآدمي ويختلف العادة باختلاف أجناسه ، فان للغنم مقداراً معلوماً عادة ، وللبقر مقداراً زايداً عنه ، وكذا الخيل وغيرها من الحيوان ، فيرجع فيه الى العادة ، لأنها المحكمة عند انتفاء الشرع ، وحيث يقع الشك في الموجود حالة الوصية لايحكم بصحتها ، ويشكل مع هذا حمل الآدمي على المتيقن ، والحيوان على الغالب ، لاشتراكهما في المقتضي على التقديرين ، انتهى .

تنبيه :

قد عرفت أنه لايشترط في الموصى به كونه موجوداً حال الوصية ، فتجوز الوصية بالجدد مما تحمله المملوكة أو الشجرة ، أعم من أن يكون مضبوطاً بمدة كالمتجدد في هذه السنة ، أو خمس سنين أو مضبوطاً بعدد كأربعة ، أو يكون مطلقاً، وعامّاً يتناول لجميع مايتجدد من الأمة أو الشجرة مدة وجودهما ، كقوله كل حمل متجدد وكل ثمرة يتجدد دائماً ونحو ذلك ، وكذا لافرق في المضبوط بين أن يتصل بالموت أويتأخر عنه ، كالسنة الفلانية مما يتجدد من السنين بعد الموت .

المسئلة الثانية : اذا أوصى له بالمنافع كخدمة عبده ، أو غلة بستانه ، أو سكنى داره ، أو ثمرة شجرته ، على التأبيد أو مدة معينة قيل : قومت المنفعة ، فان خرجت من الثلث ، وإلا كان للموصى له مايحتمله الثلث .

أقول : أمّا مايدل على جواز الوصية بالمنافع مضافاً الى الاتفاق على ذلك فمنه رواية جعفر بن حيان (١) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوقف غلّة له على قرابة من أبيه وقرابة من أمّه وأوصى لرجل ولعقبه من تلك الغلّة ليس بينه وبينه قرابة ، بثلاثمائة درهم كل سنة ، و يقسم الباقي على قرابته من أبيه وقرابته من أمّه ، قال : جائز للذي أوصى له بذلك ، قلت : أرأيت ان لم

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٥ ح ٢٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠٦ ح ٨ .

يخرج من غلّة الأرض التي وقفها إلا خمسمائة درهم ، فقال : اليس في وصيته أن يعطى الذي أوصى له من الغلة ثلاثمائة درهم ويقسم الباقي على قرابته من أبيه وقرابته من أمّه ، قلت : نعم ، قال : ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلّة شيئاً حتى يوفي الموصى له ثلاثمائة درهم ، ثم لهم مابقى بعد ذلك » الحديث .

وقال في كتاب الفقه الرضوى (١) : « واذا أوصى لرجل بسكنى دار فلازم للورثة أن تمضى وصيته ، واذا مات الموصى له رجعت الدار ميراثاً لورثة الميت » .

وروى في الكافي والتهذيب في الصحيح عن سعد بن الأحوص (٢) « قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى الى رجل أن يعطى قرابته من ضيعته كذا وكذا جريباً من طعام ، فمرت عليه سنون لم يكن في ضيعته فضل بل احتاج الى السلف والعينة أيجرى على من أوصى له من السلف والعينة أم لا ؟ فان أصابهم بعد ذلك يجرى عليهم لما فاتهم من السنين الماضية أم لا ؟ فقال : كأني لا أبالى أن أعطاهم أو أخر ، ثم يقضى » الحديث .

ولفظ « كأني » ليست في رواية الكافي . وأمّا ماذكره من تقديم المنفعة الى آخر ماتقدم ذكره فالغرض منه بيان كيفية احتساب المنفعة ، واخراجها من الثلث ، وهذا في المنفعة الموصى بها اذا لم تكن مؤبداً ظاهر ، لا خلاف فيه ، لأن العين تبقى لها قيمة معتبرة بعد اخراج تلك المنفعة ، فتقوم المنفعة على الموصى له ، والأصل بما بقى فيه من المنافع على الورثة ، فاذا أوصى بمنفعة العبد مثلاً خمس سنين ، قوّم العبد بجميع منافعه ، واذا قيل : قيمته مائة دينار ، قوم مرة اخرى مسلوب المنفعة تلك المدة ، واذا قيل : قيمته خمسون ، فالتفاوت خمسون حينئذ ، وهي التى تخرج من الثلث ، وتجعل ثلثاً بالنسبة الى ما في يدي الورثة ، فلابد أن يكون بيد الورثة حينئذ مائة منها ، رقبة العبد التى

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥١٥ الباب ٣ من كتاب السكنى .

(٢) الكافى ج ٧ ص ٦٤ ح ٢٤ مع اختلاف يسير ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٧ ح ٩٢٢ الوسائل ج ١٣ ص ٤٨١ ح ١ .

قيمتها خمسون في المثال المذكور، وانما الخلاف في المنفعة المؤبدة، وقد اختلفوا فيها على أقوال ثلاثة، والسبب في هذا الاختلاف ـ مع عدم النص ـ خلو العين من المنافع عند بعض، فالوصية بمنافعها في قوة الوصية بها، وثبوتها عند بعض كما سيظهر لك ان شاء الله تعالى بيانه، وقد نقل هذه الأقوال الثلاثة الشيخ في المبسوط ومن تأخر عنه، والظاهر أنها كلها للعامّة.

أحدها ـ أن تقوم العين بمنافعها ويخرج مجموع القيمة من الثلث، فان خرجت من الثلث لزمت الوصية في منفعتها، وان لم تخرج من الثلث وضاق الثلث عنها لزمت الوصية في القدر الذى يخرج منه، فيكون للموصى له من العبد بقدر مايخرج من الثلث، والباقي للورثة.

احتج من قال بهذا القول: بأن استحقاق المنفعة على التأبيد بمنزلة اتلاف الرقبة، لأن الغرض من الأعيان انما هو المنافع، فيجب أن تقوم الرقبة، ولأن تقويم المنفعة متعذر لأنها غير معلومة، ولا محدودة لأن مدة العمر غير معلومة فلا يمكن تقويمها إلا بتقويم العين، وبالجملة فانها لسلب جميع منافعها قد خرجت عن التقويم، فقد فات على الورثة جميع القيمة، فكانت العينُ هي الغاية.

وثانيها ـ تقويم المنفعة من الثلث على الموصى له، والرقبة على الورثة، وان كانت مسلوبة المنافع، ومرجعه الى أن المعتبر ما بين قيمتها بمنافعها أو قيمتها مسلوبة المنافع، وعلى هذا تحسب قيمة الرقبة عن التركة.

احتج القائل بهذا القول بأن الرقبة تنتقل الى الورثة كما تنتقل المنفعة الى الموصى له، فوجب أن يقوم على من انتقلت اليه، وبأن الوارث يقدر على الانتفاع بها بالعتق لو كان مملوكاً، وبيعها عن الموصى له أو مطلقا، وهبتها، والوصية بها، فلا وجه لاحتسابها على الموصى له كما ادعاه القائل الأول، ويمكن الانتفاع من البستان بما ينكسر من جزوعه و ييبس، ومن الدار بآلاتها اذا خربت وخرجت عن صلاحية السكنى، ولم يعمرها الموصى له بمنفعتها، فحينئذ

تقوم العين بما لها من المنافع مع صلاحيتها لما ذكرناه من المنافع المعدودة في كل بنسبته ، فاذا قيمتها على الأول مائة درهم ، وعلى الثاني عشرة دراهم ، علم أن قيمة المنفعة الموصى بها تسعون ، فيجب أن يكون مع الورثة ضعفها ، ومن جملته الرقبة بعشرة ، قال في المسالك ، وهذا هو الأصح .

وثالثها ـ تقويم المنفعة على الموصى له فتحتسب من الثلث ، وأمّا الرقبة فلا تقوم على الموصى له ، ولا على الورثة ، أمّا الموصى له فظاهر ، لأنها ليست له وأمّا الوارث فللحيلولة بينه و بينها ، وسلب قيمتها بسلب منافعها فكأنها تالفة .

ومنه يعلم وجه الاحتياج على القول المذكور ، ومرجعه الى أن الرقبة لاقيمة لها من حيث سلب منافعها ، فتكون من قبيل الحشرات ونحوها مما لاقيمة فيه ، وما لاقيمة له لامعنى لاحتسابه على أحد ، وفيه ما عرفت في توجيه القول الثاني .

تذنيب :

يشتمل على مسئلتين : **الاولى :** قالوا : اذ أوصى بخدمة عبد بعد مدة معينة ، فنفقته على الورثة ، لأنها تابعة للملك . ولا اشكال في الحكم المذكور لو كانت المنفعة الموصى بها معينة بوقت ، ولاريب ولاخلاف في بقاء العين على ملك الورثة ، والنفقة تابعة للملك .

وانما الكلام فيما اذا كانت المنفعة الموصى بها مؤبدة ، فمن الذي تلزمه نفقة العبد ، قيل : فيه وجوه .

أحدها ـ وهو اختياره في المسالك أنه الوارث ، لما ذكر من أنها تابعة للملك ، والوارث هو المالك للرقبة ، وهذا القول يتفرع على القول الثاني من الأقوال الثلاثة المتقدمة ، ولهذا انه في المسالك اختار هنا كونها على الوارث الذي هو المالك ، لاختياره في ذلك القول بتقويم العين على الورثة ، وأنها تكون ملكاً لهم .

الثاني ــ أنه الموصى له ، لكونه مالكاً للمنفعة مؤبدا ، وهذا الوجه مما يتفرع على القول الأول من الأقوال المتقدمة ، فينبغي أن يعلّل وجوب النفقة على الموصى له بما علل به تقويم العين عليه ، وعلّل هنا زيادة على ذلك بأنه لما كان مالكاً للمنفعة مؤبداً كان كالزوج ، ولأن نفعه له ، فكان ضرره عليه ، كالمالك لهما جميعاً ، ولأن اثبات المنفعة للموصى له ، والنفقة على الوارث اضرار به منفي ، ورد هذا التعليل المذكور هنا بأن ملك المنفعة لايستتبع النفقة شرعاً كالمستأجر ، والقياس على الزوج باطل مع وجود الفارق ، فان الزوجة غير مملوكة ، والنفقة في مقابلة التمكين من الاستمتاع ، لافي مقابلة المنافع ، وثبوت الضرر بايجابها على الوارث ممنوع ، لانتفائه مع اليسار ، وانتفائها مع عدمه .

الثالث ــ انه من بيت المال .

أقول : وهذا مما يتفرع على القول الثالث ، حيث انه تضمن أن الرقبة لاتقوم على الموصى له ، ولا على الورثة بالتقريب المتقدم ، ولهذا قالوا هنا ان الوجه في هذا الاحتمال هو أن الوارث لانفع له ، والموصى له غير مالك ، وبيت المال معد للمصالح ، وهذا منها .

وأورد عليه بأن النفقة من بيت المال مشروطة بعدم المالك المتمكن ، وهو هنا موجود ، ومجرد كونه لانفع له لايدفع الملك ، ولايرفعه والنفقة تابعة للملك كما عرفت .

ومنه تظهر قوة الوجه الأول وان كان أصل المسئلة لخلوها من النص لايخلو من الاشكال .

قال في المسالك : واعلم أنه لافرق بين العبد وغيره من الحيوانات المملوكة .

وأمّا عمارة الدار الموصى بمنافعها وسقي البستان وعمارته من حرث وغيره اذا أوصى بثماره ، فان تراضيا عليه أو تطوع أحدهما به فذلك ، وليس للآخر منعه ، وان تنازعا لم يجبر أحد منهما ، بخلاف نفقة الحيوان ، لحرمة الروح ،

ويحتمل طرو الخلاف في العمارة، وسائر المؤن، بناءً على وجوب ذلك على المالك حفظاً للمال، والفرق واضح.

نعم لو كانت المنفعة موقتة اتجه وجوبها على المالك، واجباره عليها حفظاً لماله عن الضياع، لأن منفعته به مترقبة ان أوجبنا اصلاح المال.

الثانية: قالوا: وللموصى له التصرف في المنفعة، وللورثة التصرف في الرقبة، ببيع وعتق وغيره، ولايبطل حق الموصى له بذلك.

أقول: فيه إشارة الى ماتقدم في القول الثاني من أن الوصية بجميع المنافع لاتستلزم عدم نفع بالكلية، بل هنا منافع تابعة للملك ـ مثل العتق والهبة والبيع ونحوها ـ باقية، والوصية بمنافع العبد من خدمته وغلّة البستان وسكنى الدار، ونحو ذلك لاينافي بقاء هذه المنافع للمالك، وأنه يتصرف في العين بذلك.

وبالجملة فانه لماكانت الرقبة ملكه، فانه يجوز له عتقها لو كان عبداً اذ لامانع منه بوجه، ولا يستلزم بطلان حق الموصى له من تلك المنافع، لأن حق المالك هو الرقبه، ولايملك اسقاط حق الموصى له من تلك المنافع، وليس للعتيق الرجوع على الورثة بشيء في مقابلة تفويت منافعه عليه، لأن تفويت المنافع ليس من قبل الورثة، وانما هو من قبل الموصي، وهو متقدم على العتق، وأمّا بيعه فان كانت المنفعة الموصي بها محدودة بوقت، فجوازه واضح، لعدم المانع كمايجوز بيع العبد الموجر، وان كان المشتري انما له التصرف بعد انقضاء مدة الاجارة. • وان كانت الاجارة مؤبدة، ففي جوازه عندهم مطلقاً أو على الموصى له خاصة أو المنع مطلقاً أوجه

قال في المسالك: أجودها الجواز، حيث تبقى له منفعة كالمملوك لامكان عتقه وتحصيل الثواب به أعظم المنافع، ولأنه يتوقع استحقاق الارش بالجناية عليه، أو الحصة منه وقد تقدم في بيع المعمر ما يحقق موضع النزاع ويرجح الجواز له ولو لم تبق له منفعة كبعض البهائم، فالمنع أجود، لانتفاء المالية عنه بسلب

المنافع كالحشرات ، نعم لو أوصى بنتاج الماشية مؤبداً صح بيعها ، لبقاء بعض المنافع والفوائد كالصوف واللبن والظهر ، وانما الكلام فيما استغرقت الوصية قيمته ، انتهى .

أقول : قد قدمنا في مسئلة بيع المعمر عنه (قدس سره) مايؤذن بالتوقف ، حيث ان جملة من الأصحاب صرحوا بالمنع ، ومنهم من استشكل ، وقد أوضحنا قوة القول بالجواز بالنص الصريح في ذلك ، ومنه تظهر قوة القول بالجواز هنا أيضاً ، والله العالم .

المسئلة الثالثة : قال الشيخ في المبسوط : اذا قال أعطوه قوساً من قسي ، وله قوس نشاب ، وهو قوس العجم ، وقوس نبل ، وهو قوس العرب ، ويكون له قوس حسبان ، وهو الذي يدفع النشاب في مجرى ، وهو الوتر مع المجرى ، ويكون له قوس جلاهق ، وهو قوس البندق ، ويكون له قوس الندف ، فان هذا الاطلاق يحمل على قوس النشاب والنبل والحسبان ، فان كان له شيء منها ، فالورثة بالخيار يعطون أيّ قوس من هذه الثلاثة شاؤا ، وان لم يكن له إلا الجلاهق وقوس الندف فالورثة بالخيار ، يعطون أيّ القوسين شاؤا ، وتبعه ابن حمزة .

وقال ابن ادريس : الذي أرى ان الورثة بالخيار في اعطائهم أي قوس شاؤا من الخمسة ، وتخصيص كلام الموصي العام يحتاج الى دليل .

قال في المختلف بعد نقل ذلك عن الشيخ وابن ادريس : أقول : ولعل الشيخ (رحمة الله عليه) نقل عرفاً لغوياً أو عامياً في أن القوس انما يطلق حقيقة على الثلاثة السابقة ، انتهى .

أقول : ما ذكره الشيخ هو الذي عليه المتأخرون ، قال المحقق في الشرايع : ولو أوصى له بقوس انصرف الى قوس النشاب و النبل والحسبان إلا مع القرينة تدل على غيرها .

وقال شيخنا في المسالك بعد نقل قولي الشيخ وابن ادريس ، ونعم ما قال :

وفي كل واحد من القولين نظر ، لأن الذاهب الى التخيير بين الثلاثة يعترف باطلاق اسم القوس على الخمسة ، ولكن يدعى غلبته في الثلاثة عرفاً ، وبذلك يقتضي اتباع العرف في ذلك ، وهو يختلف باختلاف الأوقات والأصقاع ، ولاريب أن المتبادر في زماننا هو القوس العربية خاصة ، وقوس الحسبان لايكاد يعرفه أكثر الناس ، ولاينصرف اليه فهم أحد من أهل العرف ، فمساواته للأولين بعيد ، ونظر ابن ادريس الى الاطلاق اللغوي جيد ، ولكن العرف مقدم عليه .

والأقوى أنه ان وجدت قرينة تخصص أحدها حمل عليه ، مثل أن يقول : أعطوه قوساً يندف به ، أو يعيش به وشبهه ، فينصرف الى قوس الندف ، أو قوس يغزا به ، فيخرج قوس الندف والبندق ان لم يكن معتاداً في الغزو ، وان انتفت القرائن اتبع عرف بلد الموصى ، فان تعدد تخير الوارث ، ولو قال : أعطوه مايسمى قوساً ففي تخيره بين الخمسة ، أو بقاء الاشكال كالأول وجهان : أجودهما الأول ، انتهى .

أقول : ومما يؤيد الاشتراك بين المعاني الخمسة لغة ماذكره في كتاب المصباح المنير حيث قال : وتضاف القوس الى مايخصصها ، فيقال : قول ندف ، وقوس جلاهق ، وقوس نبل وهي العربية ، وقوس النشاب وهي الفارسية ، وقوس الحسبان .

بقي الكلام في أنه هل يدخل الوتر في اطلاقه ، فلوقال أعطوه قوساً فهل يصدق مع عدم الوتر أم لا ؟ اشكال ، قيل : بالدخول . فانه لايصدق إلا به ، لأن المقصود منه لايتم إلا به ، فهوكالفص بالنسبة الى الخاتم ، والغلاف بالنسبة الى السيف ، بل أولى ، لأنه بدونه بمنزلة العصا ، وقيل : بالعدم نظراً الى أن الظاهر الصدق بدونه عرفاً ، وعلى هذا فالأجود الرجوع الى العرف أو القرينة ، وإلا فلا يدخل .

تنبيهات :

الاول : كل لفظ وقع على أشياء وقوعاً متساوياً سواء كان بطريق الاشترك ، أو التواطؤ ، فان للورثة الخيار في تعيين ماشاؤا من الأفراد ، وهي قاعدة كلّية في هذا المقام وغيره مما تقدم ، لان الموصى به لفظ يقع على أشياء وقوعاً متساوياً ، إمّا لكونه متواطئاً ، بأن تكون الوصية بلفظ له معنى ، وذلك المعنى يقع على أشياء متعددة كالعبد مثلاً ، أو لكون ذلك اللفظ مشتركاً بين معان متعددة كالقوس ، فان للورثة الخيار في تعيين ماشاؤا ، أمّا في التواطؤ فلأن الوصية به وصية بالماهية الكلّية ، وخصوصيات الأفراد غير مقصودة أولاً ، بل تبعاً ، فيتخير الوارث في تعيين أيّ فرد شاء ، لوجود متعلّق الوصية في جميع الأفراد ، وأما المشترك فلأن متعلق الوصية هو الاسم ، وهو صادق على المعاني المتعددة حقيقة ، فيتخير الوارث أيضاً ، وربما قيل في المشترك بالقرعة ، وهو بعيد .

الثاني : لوقال : أعطوه قوسي بالاضافة الي نفسه ، وليس له إلا قوس واحدة ، انصرفت الوصية اليها ، لأن ماتقدم من التخيير بين الأفراد الثلاثة أو الخمسة انما هو مع اطلاقه اعطاء القوس من غير أن يضيفه الى نفسه ، فانه مشترك متعدد ، بخلاف مالوقال : أعطوه قوسي بالاضافة ، وليس له إلا أحدها ، فانه تنصرف الوصية اليه من أي نوع كان لتقييده بالاضافة .

بقي الكلام فيما لوقال : أعطوه قوسي وله قسي متعددة ، فان علم اختصاصه بواحد منها من أي نوع كان انصرفت الوصية اله ، كالمصحف والخاتم في الحبوة ، وإلا فاشكال ، ويحتمل الرجوع الى ماتقدم من التخيير .

الثالث : لو أوصى برأس من مماليكه ، كان الخيار في التعيين الى الورثة ، بأن يعطوا صغيراً أو كبيراً ذكراً أو أنثى صحيحاً أو مريضاً مسلماً أو كافراً ، لأن اللفظ من الألفاظ المتواطئة بالنظر الى ماتحت معناه من الأفراد المعدودة ، فيتخير

الوارث في اعطاء أيّها شاء ، لوقوع الاسم على كل واحد منها ، وانما يتخير مع وجود المتعدد في التركة ، وإلا تعين الموجود ، ولو لم يوجد له مملوك بطلت الوصية .

وهل الاعتبار بالوجود عند الوصية أو الموت ؟ وجهان : استجود ثانيهما في المسالك ، قال : لأنه وقت الحكم بالانتقال وعدمه ، كما أعتبر المال حينئذ ، ووجه الأول اضافة المماليك اليه المقتضية لوجود المضاف ، انتهى .

ولو ماتت مماليكه بعدوفاته إلا واحداً تعين للدفع في الوصية ، فان ماتوا كملاً بطلت الوصية أما لوقتلوا لم تبطل ، وكان للورثة أن يعيّنوا من شاؤا ، ووجه البطلان مع موت الجميع فوات متعلّق الوصية ، بخلاف القتل ، لبقاء المالية بثبوت القيمة على القاتل ، وهي بدل عن العين ، فيكون للموصى له ، فكل فرد عينه الورثة يثبت له قيمته .

المسئلة الرابعة : لاخلاف ولااشكال في ثبوت الوصية بشهادة العدلين من المسلمين ، لان ذلك مما يثبت به جميع الحقوق عدا ما استثنى مما يتوقف على أربعة ، بل دائرة حكم الوصية أوسع ، ومن ثم تثبت بشهادة المرأة الواحدة على بعض الوجوه ، وشهادة عدول أهل الذمة كما دلّت عليه الآية ، واستفاضت به الرواية ، إلا أن ظاهر الآية اشتراط قبولها بالسفر ، و تحليفهما مع الريبة في شهادتهما بعد الصلاة ، قائلين مادلّت عليه الآية (١) « لانشتري به ثمناً قليلاً ولو كان ذاقربي ولانكتم شهادة الله انا اذاً لمن الآثمين » وأنه متى عثر على بطلان شهادتهما فليس له نقضها حتى يأتي بشاهدين يقومان مقام الشاهدين الأولين (٢) « فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا إنا اذاً لمن الظالمين » .

والأصل فيما ذكرناه من هذه القيود مارواه ثقة الاسلام فى الكافي عن علي بن ابراهيم (٣) عن رجاله رفعه « قال : خرج تميم الداري وابن بيدى وابن

(١) و (٢) سورة المائدة ـ الآية ١٠٥ و ١٠٦ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٥ ح ٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٤ الباب ٢١ .

أبي مارية في سفر وكان تميم الداري مسلماً ، وابن أبي مارية وابن بيدى نصرانيين وكان مـع تميم الداري خـرج له فيه متاع ، وآنيـة منقوشـة بالذهب ، وقلادة أخـرجها الى بعض أسواق العرب للبيع ، فاعتل تميم الداري علة شديـدة ، فلما حضره الموت دفع ماكان معه الى ابن بيدى وابن أبي مارية وأمرهما أن يوصلاه الى ورثته ، فقدما المدينة وقـد أخذا من المتاع الآنية والقلادة ، وأوصلا سائـر ذلك الى ورثته ، فافتقد القوم الآنية والقلادة ، فقال أهل تميم لهما : هل مرض صاحبنا مـرضاً طويلاً أنفق فيه نفقة كثيرة ؟ فقالا : لا ، مامرض إلا أياماً قلائـل ، قالوا : فهل سرق منه شيء في سفره هذا ؟ قالا : لا ، قالوا : فهل اتجر تجارة خسر فيها ؟ قالا : لا ، قالوا : افتقدنا أفضل شيء ، كان معه آنية منقوشة مكللة بالجواهـر ، وقلادة ، فقالا : ما دفع الينا فقد أدينا اليكم ، فقدموهما الى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فأوجب رسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلم) عليهما اليمين ، فحلفا فخلى عنهما ثـم ظهرت تلك الآنية والقلادة عليهما فجاء أولياء تميم الـى رسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلّم) فقالوا : يارسول الله قد ظهر على ابن بيدى وابن أبي ماريـة ما ادعيناه عليهما ، فانتظر رسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلّم) من الله تعالى الحكم في ذلك . فأنزل الله تبارك وتعالى (١) « يا أيها الذيـن آمنوا شهادة بينكم اذا حضر احدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أواخران من غيركم ان أنتم ضربتم في الأرض » ـ فأطلق الله تعالى شهادة أهل الكتاب على الوصية فقط ، اذا كان في سـفر ، ولم يجـد المسلمين ـ « فاصابتكم مصيبة الموت تحبسونهما مـن بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتـم لانشتـرى بـه ثمناً ولوكان ذاقربى ، ولانكتم شهادة الله إنا اذاً لمن الآثمين » فهذه الشهادة الأولى التي جعلها رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فان عثر على انهما استحقا اثماً أي أنهما حلفا على كذب فآخران يقومان مقامهما ، يعني من أولياء المدعي من الذين استحق

(١) سورة المائدة ـ الآية ١٠٥ .

عليهما الأوليان ، فيقسمان بالله ، يحلفان بالله أنهما أحق بهذه الدعوى منهما ، وأنهما قد كذبا فيما حلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا إنّا اذاً لمن الظالمين فأمر رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلّم) أولياء تميم الداري أن يحلفوا بالله على ماأمرهم به ، فحلفوا فأخذ رسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلّم) القلادة والآنية من ابن بيدى وابن أبي مارية ورد هما الى اولياء تميم الداري : ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها أو يخافوا أن ترد أيمان بعد ايمانهم » .

ورواه المرتضى (رضي الله عنه) في رسالة المحكم والمتشابه ، نقلاً عن تفسير النعماني (١) باسناده عن علي عليه السلام نحوه إلا قال : تحبسونهما من بعدالصلاة يعني صلاة العصر ، ورواه علي بن ابراهيم (٢) في كتاب التفسير ، ونقل في المسالك عن أكثر الأصحاب ومنهم المصنف أنهم لم يعتبروا في قبول شهادة الذميين السفر ، بل جعلوه في الآية والأخبار انما خرج مخرج الغالب ، وكذا لم يعتبروا الحلف، ونقل عن العلامة أنه أوجب الحلف بعد العصر بصورة الآية ، واستحسنه في المسالك .

أقول : لايخفى الخبرالمذكور على اشتراط السفر لقوله عليه السلام « فأطلق الله شهادة أهل الكتاب على الوصية فقط اذا كان في سفر ، ولم يجد المسلمين » وهو دال بمفهوم الشرط الذي هو حجة شرعية عندنا بالأخبار ، وعند محققي الأصوليين بالاعتبار على أنه لو لم يكن في سفر أو وجد أحداً من المسلمين لم تقبل شهادتهما .

ومن الأخبار الظاهرة بل الصريحة في ذلك مارواه في الكافي والتهذيب عن حمزة بن حمران (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن قول الله تعالى (٤) « ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم » ؟ قال : فقال : اللذان منكم مسلمان ،

(١ و (٢) الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٤ الباب ٢١ .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٧٩ ح ٧١٨ ، الكافي ج ٧ ص ٣٩٩ ح ٨ ، الوسائل ١٠ ص ٣٩٢ ح ٧ .

(٤) سورة المائدة ــ الاية ١٠٥ .

واللذان من غيركم من أهل الكتاب ، فقال : اذا مات الرجل المسلم بأرض غربة، فطلب رجلين مسلمين ليشهدهما على وصيته ، فلم يجد مسلمين فليشهد على وصيته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند اصحابهما » .

وعن هشام بن الحكم في الصحيح (١) وبسند آخر في الموثق عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عزوجل « أو آخران من غيركم » قال : اذا كان الرجل في أرض غربة لايوجد فيها مسلم، جازت شهادة من ليس بمسلم على الوصية » .

وما رواه المشايخ الثلاثه (نور الله تعالى مراقدهم) عن يحيى بن محمد (٢) « قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قول الله تعالى (٣) « يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم » قال : اللذان منكم مسلمان ، واللذان من غيركم من أهل الكتاب ، فان لم تجدوا من أهل الكتاب فمن المجوس ، لأن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلّم سن في المجوس سنّة أهل الكتاب في الجزية ، وذلك اذا مات الرجل في أرض غربة فلم يجد مسلمين أشهد رجلين من أهل الكتاب ، يحلسان بعد العصر « فيقسمان بالله تعالى لا نشترى به ثمناً ولو كان ذا قربى ، ولا نكتم شهادة الله إنّا اذاً لمن الآثمين « قال : وذلك اذا ارتاب ولي الميت في شهادتهما ، فان عثر على أنهما شهدا بالباطل فليس له أن ينقض شهادتهما حتى يجيىء بشاهدين فيقومان مقام الشاهدين الأولين ، « فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا إنّا اذاً لمن الظالمين » فاذا فعل ذلك نقض شهادة الآخرين يقول الله تعالى (٤) : ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها أو يخافوا أن ترد أيمان بعد أيمانهم » .

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٩٨ ح ٦ ، التهذيب ج ٩ ص ١٨٠ ح ٧٢٥ .
(٢) الكافي ج ٧ ص ٤ ح ٦ ، التهذيب ج ٩ ص ١٧٨ ح ٧١٥ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٢ ح ٤٨٧ .
وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٩١ ح ٤ و ٦ .
(٣) و (٤) سورة المائدة ـ الاية ١٠٥ و ١٠٨ .

ومارواه في كتاب بصائر الدرجات لسعد بن عبدالله بسنده فيه عن المفضل بن عمر (١) «عن أبي عبدالله عليه السلام في كتابه اليه ، قال : وأمّا ما ذكرت أنهم يستحلون الشهادات بعضهم لبعض على غيرهم ، فان ذلك لايجوز ولايحل ، وليس هو على ما تأولوا إلا لقوله عز وجل « يا ايها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أوآخران من غيركم ان أنتم ضربتم في الأرض فأصابتكم مصيبة الموت » وذلك اذا كان مسافراً فحضره الموت أشهد بالله اثنين ذوي عدل من أهل دينه ، فان لم يجد فآخران ممن يقرأ القرآن من غير أهل ولايته ، تحبسونهما من بعد الصلاة ، « فيقسمان بالله ان ارتبتم لانشتري به ثمنا ولوكان ذاقربى ولانكتم وشهادة الله إنّا اذا لمن الآثمين » فان عثر على أنهما استحقا اثماً فآخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم الأوليان من أهل ولايته فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما ، وما اعتدينا إنّا اذاً لمن الظالمين ، ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها أو يخافوا أن ترد أيمان بعد أيمانهم ، واتقوا الله واسمعوا » .

وهذه الأخبار كلها كما ترى ظاهرة بل صريحه في اعتبار السفر ، وأنه لاتقبل في السفر إلا مع فقد المسلمين ، وماربما يوجد من الأخبار المطلقة يجب حمله على هذه الأخبار الصريحة في الاشتراط .

وقال في المسالك بعد نقل القول الذي نقله عن الأكثر من عدم اشتراط السفر : ويمكن استنادهم في عدم اشتراط السفر الى موثقة هشام بن الحكم (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام في قوله تعالى «وآخران من غيركم» قال : اذا كان الرجل في بلد ليس فيها مسلم جازت شهادة من ليس بمسلم على الوصية ، قال : فانها متناولة باطلاقها للسفر والحضر ، وأنه حيث قد دلّت الأخبار التي ذكرناها على

(١) الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٣ الباب ٢٠ ح ٨ .
(٢) الكافي ج ٧ ص ٣٩٨ ح ٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٩١ ح ٤ .

الاشتراط كما عرفت ، فوجه الجمع بين هذه الرواية وبين تلك الأخبار بحمل هذه الرواية على ما اذا سافر المسلم إلا بلد ليس فيها مسلم ، لأنه من سكانها وأهلها ، والقرينة فيما ذكرناه واضحة ، لأن سكنى المسلم وحده في بلد الكفر اختياراً نادر ، بل غير جائز شرعاً إلا من ضرورة .

وتستفاد من هذه الأخبار عدة فوائد : الاولى ـ ماذكرناه وان كان خلاف ماصرح به الأكثرون اشتراط القبول بالسفر ، فلا تقبل في الحضر ، والوجه فيه ماعرفت من وجود المسلمين في الحضر ، حيث ان المسلم لايسكن إلا في بلاد الاسلام .

الثانية ـ اشتراط الحلف وأن يكون بالكيفية التي دلّت عليها الآية ، كما يدل عليه خبر يحيى بن محمد المذكور ، ومثله مرفوع علي بن ابراهيم ، وخبر المفضل ، وماتقدم نقله عن العلامة من أنه يحلف بعد العصر ، قد دل عليه مرفوع علي بن ابراهيم برواية النعماني عن علي عليه السلام كما تقدم ، ورواية يحيى بن محمد كما في بعض نسخ المشايخ المذكورين ، وفي بعض آخر بلفظ الصلاة بقول مطلق ، وينبغي حمل الاطلاق على العصر لما عرفت .

الثالثة ـ ان ظاهر أكثر الأخبار المذكورة هو قبول الشهادة على الوصية ، أعم من أن يكون بمال أو ولاية ، إلا أن مورد الآية والقضية التي نزلت فيها كما دل عليه مرفوع علي بن ابراهيم إنما هو المال ، وهو الظاهر أيضاً من كلامه في المسالك ، حيث قال بعد أن صرح بثبوت الوصية بشهادة عدلين مسلمين : ولا فرق في قبولها بها بين كونها بمال أو ولاية ، ومع عدم وجود عدول المسلمين تقبل شهادة عدول أهل الذمة بالمال ، للآية والرواية ، ودعوى نسخها لم يثبت ، وهو ظاهر في أن الوصية تقبل بشهادة عدول المسلمين في المال والولاية ، وأمّا عدول أهل الذمة ففي المال خاصة ، وعلى هذا فينبغي حمل اطلاق تلك الأخبار على مورد القصة .

الرابعة ـ لاخلاف بين الأصحاب (رحمهم الله) في اشتراط العدالة في الذميين بالمعنى المعروف عندهم ، واليه يشير قوله عليه السلام في رواية حمزة بن حمران مرضيين عند أصحابهما .

الخامسة ـ مادل عليه خبر يحيى بن محمد من أنه مع عدم وجود أهل الكتاب فمن المجوس ، لم أقف عليه في غيره من الأخبار ، ولم يصرح به أحد من أصحابنا فيما حضرني من كلامهم ، والخبر متى دل على حكم ولا معارض له وجب القول به ، وان لم يقل به قائل كما هو مقتضى التحقيق في المسألة .

السادسة ـ قال : في المسالك ولو وجد مسلمان فاسقان ، والذميان العدلان ، فالذميان العدلان أولى للآية ، أمّا المسلمان المجهولان فيبنى على اعتبار ظهور العدالة ، كما هو المشهور أو الحكم بها ما لم يظهر خلافها ، كما ذهب اليه جماعة من الأصحاب ، فعلى الثاني لاريب في تقديم المستور من المسلمين لأنه عدل ، وعلى الأول ففي تقديمه على عدل أهل الذمة وجهان : واختار العلامة تقديم المسلمين بل قدم الفاسقين اذا كان فسقهما بغير الكذب والخيانة ، وفيه نظر ، انتهى .

أقول : أمّا ماذكره من الفرد الأول فلا اشكال في أن الحكم فيه كما ذكروا ، أمّا المسلمان المجهولان فالكلام فيهما مبني على أن العدالة هل هي أمر زائد على مجرد الاسلام ، كما هو المشهور ، والمؤيد المنصور ، أو أنها عبارة عن مجرد الاسلام كما هو اختياره في المسألة ؟ فعلى الثاني لا اشكال أيضاً لحصول العدالة المشروطة في الآية ، وعلى الأول فالأشهر الأظهر عدم الثبوت إلا بعد الفحص وظهور العدالة ، وما نقل عن العلامة ضعيف لايلتفت اليه ، لان الآية والرواية مصرحان باشتراط العدالة ، ووجود المسلم بدونها في حكم العدم ، والله العالم .

وينبغي التنبيه على امور :

الاول : لاريب أنه كما تثبت الوصية بالشاهدين تثبت أيضاً فيما اذا كانت مالاً بشاهد ويمين ، أو شاهد وامرأتين ، وهو موضع وفاق في المال ، وصية كان

أو غيرها ، وقد دل قوله تعالى (١) « فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » على الاكتفاء بالرجل والامرأتين والأخبار بذلك مستفيضة ، يأتي ان شاء الله تعالى في موضعها اللائق بها ، وكذا تثبت فيما اذا كانت مالاً بشهادة الواحدة ربع ما شهدت به ، وبشهادة اثنتين ، النصف ، وبثلاث ثلاثة أرباع ، وبالأربع الجميع ، روى الشيخ في التهذيب في الصحيح عن ربعي (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام في شهادة امرأة حضرت رجلا يوصي ليس معها رجل ؟ فقال : يجاز ربع ما أوصى بحساب شهادتها».

وما رواه في الفقيه(٣) في الصحيح عن حماد بن عيسى عن ربعي مثله بأدنى تفاوت .

وعن محمد بن قيس (٤) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وصية لم تشهدها إلا امرأة فقضى أن تجاز شهادة المرأة في ربع الوصية » .

ورواه بسند آخر عن محمد بن قيس (٥) ايضاً مثله إلا انه « زاد اذا كانت مسلمة غير مريبة في دينها » .

وعن أبان (٦) عن أبي عبدالله عليه السلام أنه « قال في وصية لم تشهدها إلا امرأة فأجاز شهادة المرأة في الربع من الوصية حساب شهادتها » .

وأمّا ماروا، الشيخ في التهذيب عن ابراهيم بن محمد الهمداني (٧) « قال : كتب أحمد بن هلال الى أبي الحسن عليه السلام امرأة شهدت على وصية رجل لم يشهدها غيرها ، ووفي الورثة من يصدقها ، وفيهم من يتهمها فكتب عليه السلام : لا ، إلا أن يكون رجل وامرأتان ، وليس بواجب أن تنفذ شهادتها » .

وماروا، محمد بن اسماعيل بن بزيع(٨) في الصحيح « قال : سألت الرضا عليه السلام

(١) سورة البقرة ـ الاية ٢٨٢ .

(٢) و (٣) و (٤) و (٥) (٦) الكافي ج ٧ ص ٤ ح ٤ و ٥ ، التهذيب ج ٩ ص ١٨٠ ح ٧١٩ و ٧٢٣ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٢ ح ٤٨٦ .

(٧) و (٨) التهذيب ج ٦ ص ٢٦٨ ح ٧١٩ و ص ٢٨٠ ح ٧٧١ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٥ ح ١ و ص ٣٩٦ ح ٤ و ٣ و ٢ و ص ٣٩٧ ح ٨ و ج ١٨ ص ٢٦٦ ح ٤٠ .

عن امـرأة ادعى بعض أهلها أنها أوصت عند مـوتها من ثلثها بعتق رقبة لها أيعتق ذلك وليس على ذلك شـاهد إلا النساء ؟ قال : لا تجـوز شهادة النساء في هـذا » فحملهما الشيخ في التهذيبين على عدم نفاذها في الجميع ، وان نفذت في الربع ، وجوز في الاستبصار الحمل على التقية أيضاً .

أقول : وهو الظاهر ، فان الأول بعيد عن سياق لفظ الخبرين المذكورين، وهل يتوقف ثبوت ماذكر بشهادتهن على اليمين ، المشهور العدم ، لاطلاق النصوص المذكور فانها ظاهرة في ثبوت ذلك بمجرد الشهادة ، ولا بعد فيه ، وان كان مخالفاً لحكم غيره من الحقوق ، فانها مختلفة بحسب الشهادة اختلافاً كثيراً ، ونقل عن العلامة في التذكرة توقف الحكم في جميع الأقسام على اليمين ، كما في شهادة الرجل الواحد ، ورد بأن اليمين مع شهادة الواحد توجب ثبوت الجميع ، فلا يلزم مثله في البعض ، ولو فرض انضمام اليمين الى الاثنتين والثلاث ثبت الجميع ، لقيامهما مقـام الرجل ، أمّا الواحـدة فلا يثبت بها سوى الربع مطلقا ، انضمت اليمين لها أم لا ، على أن في ثبوت الجميع بانضمام اليمين الى الاثنتين أو الثلاث إشكالاً أيضاً، لأن مقتضى النصوص انما هو النصف في الأول ، وثلاثـة أرباع في الثاني ، بمجرد الشهادة ، ووجـود اليمين حيث لم يعتبرها الشارع هنا في حكم العـدم ، وقيام الاثنتين مقام الرجل في بعض المـوارد لايستلزم قياس مانحن فيه عليه ، حتى أنـه يخرج عن مقتضى ظواهر النصوص بذلك .

وبالجملة فالظاهر هو الوقوف على ظاهر النصوص المذكورة ولو شهد رجل واحد ففي ثبوت النصف بشهادته من غير يمين نظراً الى قيام شهادته مقام اثنتين ، أو الربع خاصة ، لأنه متيقن ، من حيث انه لايقصر عن المرأة ، أو سقوط شهادته أصـلاً وقوفاً فيما خالف الأصـل على مورده أوجـه ، قال فـي المسالك : أوسعها الأوسط .

أقول : بل أظهرها الأخير لما ذكر ، واختياره الأوسط باعتبار أنه لايقصر

عن المرأة لمجرد خيال ، والأحكام الشرعية لاتبنى على تقريبات العقول ، فكم من حكم يقربه العقل تحكم النصوص بخلافه ، وكم من حكم يبعده العقل تحكم به النصوص .

وهل يشترط في قبول شهادة المرأة في الوصية تعذر الرجال ؟ المشهور العدم ، عملاً بعموم النصوص المتقدمة ، ونقل عن ادريس وقبله ابن الجنيد الاشتراط ، وهو ضعيف .

الثاني : المشهور في كلام الأصحاب بل الظاهر أنه لاخلاف فيه كما نقله في المسالك عدم قبول شهادة النساء منفردات في الولاية ، وعلّل بأنها ليست وصية بمال ، بل هي تسلط على تصرف فيه ، وليست أيضاً مما يخفى على الرجال غالباً ، وذلك هو ضابط محل قبول شهادتهن منفردات .

والمشهور أيضاً ــ بل الظاهر أنه لاخلاف فيه إلا مايظهر من المحقق في الشرايع حيث تردد في ذلك ــ هو أنه لا تثبت الوصية بالولاية بالشاهد واليمين ، وذلك لأن ضابط الثبوت بالشاهد واليمين ماكان من حقوق الآدميين مالاً أو المقصود منه المال ، وولاية الوصاية لاتدخل في ذلك .

ونقل عن الشيخ في المبسوط أنه قوى قبول الوصية بالولاية بالمرأتين مع الشاهد ، ونقل عن ابن الجنيد أيضاً ، وأورد عليه أن اللازم من ذلك قبولها بالشاهد واليمين أيضاً ، لأن كل ماثبت بشاهد وامرأتين ، ثبت بشاهد ويمين ، وقيل ــ في وجه تردد المحقق هنا ــ : أن منشاؤه مما ذكر ، ومن أن الوصية بالولاية قد يتضمن المال ، كما اذا أراد أخذ الاجرة أو الأكل بالمعروف بشرطه ، ولما فيه من الارفاق ، والتيسير ، فيكون مراداً للآية والرواية .

قال في المسالك : ولايخفى مافيه ، وقد قطع الأصحاب بالمنع من غير نقل خلاف في المسئلة ولا تردد ، ووافقهم المصنف في المختصر ، على القطع ، وأبدل هذا التردد بالتردد في ثبوت الوصية بالمال بشاهد ويمين ، وكلاهما كالمستغني

عنه ، للاتفاق على الحكم ، والقاعدة المفيدة للحكم فيهما ، انتهى وهو جيد .

الثالث : قالوا : لو أشهد انسان عبدين له على حمل أمته وأنه منه ، ثم مات وأعتق المملوكان ثم شهدا بذلك ، فانه تقبل شهادتهما ، وهل يسترقهما المولود حينئذ ؟ قيل : بالمنع ، وقيل : بالجواز على كراهة .

أقول الأصل في هذه المسئلة مارواه الشيخ في الصحيح عن الحلبي (١) «عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل مات وترك جارية ومملوكين ، فورثه أخ له فأعتق العبدين ، وولدت الجارية غلاماً فشهدا بعد العتق أن مولاهما كان أشهدهما أنه كان يقع على الجارية وأن الحمل منه ، قال : تجوز شهادتهما ، ويردان عبدين كما كانا »

ومارواه المشايخ الثلاثة عن داود بن فرقد في الموثق (٢) «قال سئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجل كان في سفر ومعه جارية له وغلامان مملوكان فقال لهما : أنتما حران لوجه الله ، وأشهد أن ما في بطن جاريتي هذه مني فولدت غلاماً ، فلما قدموا على الورثة أنكروا ذلك واسترقوهما ، ثم ان الغلامين عتقا بعد ذلك ، فشهدا بعدما أعتقا أن مولاهما أشهدهما أن مافي بطن جاريته منه ، قال تجوز شهادتهما للغلام ، ولا يسترقهما الغلام الذي شهدا له ، لأنهما أثبتا نسبه » .

قيل : والاستدلال بالخبرين مبني إما على قبول شهادة المملوك مطلقاً أو على مولاه ، لأنهما بشهادتهما للولد والحكم بها صارا رقاً له ، لتبين أن معتقهما لم يكن وارثاً ، أو على أن المعتبر حريتهما حال الشهادة ، وان ظهر خلافها بعد ذلك ، أو على أن الشهادة للمولى لاعليه ، فتقبل .

وأورد على الأخير بأن الحكم بكون الولد مولى موقوف على شهادتهما

(١) التهذيب ج ٦ ص ٢٥٠ ح ٦٤٢ .
(٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٢٢ ح ٨٧٠ ، الكافي ج ٧ ص ٢٠ ح ١٦ ، الفقيه ج ٤ ص ١٥٧ ح ٥٤٤ .
وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٠ ح ١ و ص ٤٦١ ح ٢ .

على كونه مولى ، ليكون الشهادة له دارا .

أقول : الوجه عندي هو الأول ، فان الروايات وان اختلفت في قبول شهادة المملوك إلا أن مادل على المنع محمول على التقية ، والأظهر هو الجواز ، فلا ضرورة إلا ارتكاب ماذكر من التعليلات في الوجوه الباقية .

ونقل عن الشيخ أنه خص الحكم بالوصية ، فان أمرها أخف من غيرها من الحقوق ،كما قبلت فيها شهادة أهل الكتاب ، وفيه أنه لاضرورة الى التخصيص ، فان اطلاق الخبرين المذكورين مع صحة الأول بالاصطلاح المحدث » وعد الثاني في الموثق إنما هو بواسطة الحسن بن فضال الذي لايقصر حديثه عندهم عن الصحيح، مضافاً الى اتفاق الأصحاب على الحكم المذكور ـ مع عدم معارض ولا مخالف ـ أقوى دليل على العموم .

بقي الكلام في استرقاقهما للولد الذي شهدا له ، وبذلك صرحت صحيحة الحلبي ، وبالعدم صرحت موثقة ، حيث نهى عن استرقاقهما ، وطريق الجمع حمل النهي على الكراهة ، كما يؤذن بـه التعليل المذكور ، وملخصه أنـه يكره له استرقاقهما ، لأنهما كانا سبباً في حريته بعد الرقية ، فلا يكون سبباً فـي رقيتهما بعد الحرية .

والمحقـق في الشرايع قـد فرض المسئلة كما دلّت عليه صحيحة الحلبـي ، والعلامة في القواعد قد فرضها بما دلّت عليه موثقة داود ، وكيف كان فشهادتهما بعتق المولى لهما في رواية داود شهادة لأنفسهما ، فلا تسمع كما هو مقتضى القاعدة .

وأنت خبير بأن هذه المسئلة لامناسبة لذكرها في هذا المقام إلا من حيث أن الشيخ قـد خصّها بالوصية ،كما قدمنا نقله عنه ، والظاهر ان الأصحاب انما ذكروها هنا تبعاً له في ذلك ،وان خالفوه في العمل باطلاق الخبر من المذكورين كماذكرنا ، والله العالم .

الرابع : قالوا : لاتقبل شهادة الوصي فيما هـو وصي فيه ، ولا مايجر فيه

نفعاً أو يستفيد به ولايــة ، قالوا : والضابط أنه مــتى كان لنفسه حظ في الشهادة لم تقبــل .

وعدوا من ذلك أموراً : منها ـ أن يشهد بما هو وصي فيه بأن يجعله الموصي وصياً على مال معين ، فينازعه فيه منازع فيشهد به للموصي .

ومنها أن يجر به نفعاً بأن جعله وصياً في تفرقة ثلثه ، فشهد بمال للمورث، فانه يجر به نفعاً باعتبار زيادة الثلث .

ومنها أن يجعله وصياً على ولده الصغير ، فيشهد للمولد بمال ، فانــه يستفيد بها ولاية على المال .

وأنت خبــير بما في ذلك من تطــرق المناقشة ، لعدم ورود نص بشــيء مما ذكروه ، والى ما ذكرناه يميل كلام ابن الجنيد حيث نقل عنه أنه قال : « شهادة الوصي جائزة لليتيم في حجره وان كان هو المخاصم للطفل ، ولم يكن بينه وبين الشهود عليه مايرد شهادته عليه » ومال اليه المقداد في شرحه .

قال في المسالك بعد نقله ذلك : ولابأس بهذا القول ، لبعد هذه التهمة من العدل ، حيث انــه ليس بمالك ، وربما لم تكن له أجرة على عمله في كثير مــن الموارد ، إلا أن العمل بالمشهور متعين ، انتهى .

أقــول : ان كان تعين العمل بالمشهور مــن حيث الشهرة فهي ليست بدليل شرعي ، بل الاجماع لوادعي كما اعترف به في غير موضع من شرحه هذا ، وتقدم نقله عنه ، وسيأتي ان شاء الله في بعض مسائل هذا الكتاب ، وان كان لدليل آخر، فليس في الباب مايدل على ذلك ، وإلا لذكره واستند اليه ، هذا مع أن الأحكام منوطة بالنصوص ، ومقيدة بها على العموم أو الخصوص ، ولا نص في المقام سوى هذه التعليلات العليلة . وقد عرفت مافيها ، وبالجملة فكلامه (قدس سره) لايخلو من المجازفة .

ثــم ان مما فرعوا على ذلك أيضاً أنــه لو كان وصياً في اخراج مال معين ،

فشهد للميت بما يخرج به ذلك المال من الثلث لم تقبل ، كما لو أوصى باخراج ألف درهم والتركـة ظاهراً ألفان ، فشهد الوصي أن للميت على أحد ألفاً مثلاً ، فان قبول هـذه الشهادة يستلزم اخراج الألف المجعول وصياً فيها من الثلث ، ونفـوذ الوصية ، فلا تقبل ، وأنت خبير بما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه .

نعم ربما يقال : انـه قد وردت هنا أخبار فيمن ترد شهادتهم ، وعـد منها المتهم ، فمن ذلك رواية عبدالله بن سنان (١) « قال : قلت لأبي عبدالله عليه‌السلام ما يرد من الشهود ؟ قال : فقال : الظنين والمتهم » .

وفي روايـة أبي بصير (٢) « قال : سألت أبا عبدالله عليه‌السلام عن الذي يـرد من الشهود ؟ قال : الظنين والمتهم والخصم » .

ومثلها غيرهما ، والوصي في هذه الصور المفروضة يدخل في المتهم بالتقريب الذي ذكروه .

وفيـه أنه لا يخفى أن التهمة عرفاً إنما تتحقق بما يوجب جر النفع الى نفسه ، لا الى غيره ، كما هو المفروض في هذه الفروض ، ومجرد صرفه الوصايا عن الميت والقيام بأطفاله ونحو ذلك لا يتحقق له به نفع دنيوي ، بل ربما أوجب الضرر الدنيوي له بما يوجبه من اشتغاله بذلك ، عن قضاء حوائجه ، والسعي في مطالبه وأموره ، وكلما كثرت الوصايا واتسعت الدائـرة فيها ـ وفي أموال الأطفال ـ كان الضرر أعظـم ، والمنع له عن السعي في أمـوره أتم ، ولهذا ان الشارع جـوز له الأكل بالمعروف من أموالهم في مقابلة القيام بأحوالهم .

قال في كتاب المصباح المنير : والتهمة ـ بسكـون الهاء وفتحها ـ : الشك والريبة ، واتهمته : ظننت به سوء ، ولا يخفى أن هذا كله انما يترتب على ما يحصل بـه جر النفع الى نفسه ، وايثارها ، وإلا فأي سـوء وأي ريبة في قيامه بـوصايا

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ٣٩٥ ح ١ و ٣ ، التهـذيب ج ٦ ص ٢٤٢ ح ٦٠١ و ٥٩٨ ، الوسـائل ج ١٨ ص ٢٧٤ ح ١ و ص ٢٧٥ ح ٣ .

الغير ، وصرفة لها في مصارفها مالم يتعد فيها الحدود الشرعية ، وهذا بحمد الله سبحانه ظاهر لكل ناظر ، ومن وراء جميع ذلك اتصافه بالعدالة المانعة من تطرق ماينافيها .

وبالجملة فان الأقرب عندي هو مانقل عن ابن الجنيد ومن تبعه ، ولااشكال عندهم في القبول لوكان المشهود عليه خارجاً عما هو وصي فيه ، كما لوجعله وصيا على غلة أطفاله ، فيشهد لهم بدين أو جعله وصياً على تفريق مال معين ، فيشهد للورثة بحق آخر لمورثهم ، ونحو ذلك ، والله العالم .

المسئلة الخامسة : في الوصية بالعتق ، ولذلك صور عديدة . منها ــ من أوصى بعتق عبيده وليس له سواهم ، فان رتبهم في الوصية أعتق الأول فالأول حتى يتم الثلث ، واو بجزء عبد فيعمل فيه مايأتي ذكره ، وتبطل الوصية فيمن بقي وإلا أعتق ثلثهم بالقرعة ، بأن يجعلهم أثلاثا ولو بتعديلهم بالقيمة ، ثم يقرع بين تلك السهام الثلاثة ، ويعتق الثلث الذي أخرجته القرعة .

وروي (١) «أن النبي (صلى الله عليه وآله وسلّم) فعل ذلك في ستة عبيد أعتقهم مولاهم عند موته ، ولم يكن له غيرهم ، فجزاهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم» ، نقل ذلك الأصحاب في كتب الفروع ، والظاهر أن الرواية عامية ، فانها غير موجودة في كتب أخبارنا ، إلا أن الظاهر أن الحكم لااشكال فيه ، لأن القرعة لكل أمر مشكل ، وهذا من جملتها ، ولو توقف التعديل على ادخال جزء من أحدهم ، فان خرجت القرعة على الثلث الذي فيه ذلك الجزء أعتق من العبد بحسابه ، وسرى العتق في الباقي ، وسعى في باقي قيمته ، كما في كل مبعض .

قالوا : وانما لم يحكم بعتق ثلث كل واحد مع ان كل واحد منهم بمنزلة الموصى له ، وقد قرروا أن الوصايا اذا وقعت دفعة قسط عليها الثلث بالنسبة للحديث النبوي المتقدم ذكره ، فانه (صلى الله عليه وآله وسلّم) انما جزى العبيد أثلاثاً ، وأعتق

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٢٧٢ .

الثلث الذي خرجب فيه القرعه ، ولم يحكم في ثلث كل واحد واحد ، وأيضاً فان العتق على هذا الوجه موجب للاضرار بالورثة ، لانعتاق الجميع حينئذ ، فانه متى انعتق ثلث كل واحدووجب السعي في قيمته صار حراً فيصير الجميع أحراراً .

أقول : ومن هنا يعلم أن المسئلة غير خالية من شوب الاشكال ، لأن الخبر غير ثابت كما عرفت ، والاضرار بالورثة غير مسموع اذا اقتضته القواعد الشرعية ان ثبت ماذكروه من تلك القاعدة المذكورة ، والظاهر ثبوتها كما سيأتي ان شاء الله تعالى في محلّه ، هذا كلّه اذا لم يجز الورثة ، وإلا فلا اشكال .

ومنها ــ مالو أوصى بعتق عدد مخصوص من عبيده ، وفيه قولان : فقيل : انه يستخرج ذلك العدد بالقرعة ، وقيل : انه يتخير الوارث في ذلك المقدار ، فيعينه فيمن أراد ، وجه الأول أن العتق للمعتق ، ولا ترجيح فيه لبعضهم على بعض ، فوجب التوصل اليه بالقرعة .

ووجه الثاني أن متعلّق الوصية متواطىء ، فيتخير الوارث في تعيينه كغيره ولأن المتبادر من اللفظ الاكتفاء بأي عدد كان من الجميع وهو اختيار المحقق في الشرايع : والشارح في المسالك قال : وهذا أقوى ، وان كانت القرعة أعدل .

ومنها ــ مالو أعتق مملوكه عند الوفاة منجزاً وليس له غيره ، قيل : عتق كلّه ، وقيل ينعتق ثلثه ، ويسعى للورثة في باقي قيمته ، ولو أعتق ثلثه سعى في باقيه ان لم يكن للمعتق مال غيره ، فاضل من مستثنيات الدين ، وإلا سرى العتق عليه في ثلث المال الفاضل .

أقول : أمّا المسئلة الأولى فهي أحد جزئيات مسئلة منجزات المريض ، والخلاف فيها بين كون ذلك من الأصل أو الثلث مشهور ، وسيأتي تحقيق الحال فيها ان شاء الله تعالى في المسائل الآتية .

وأمّا المسئلة الثانية فالوجه في سعي العبد في باقي قيمته بالشرط المذكور،

ان ذلك قاعدة كلية في كل موضع يصير بعضه حراً ، فانه يجب عليه السعي في فك رقبته من جميع مايكتسبه فاضلاً عن مؤنته ، لا أنه يختص بنصيب الحر خاصة. كما صرحوا به .

وأمّا الوجه في فك العتق له كان له مال فاضلا عما ذكرناه ، فلان سبب السراية هو العتق الذي وقع المال ، وقد وقع في حال المرض كما هو المفروض ، واعتبر من الثلث ، فيكون مسببه وهو السراية كذلك ، يكون من الثلث ، هذا خلاصة ماذكروه في المقام .

ومنها ـ مالو أوصى بعتق رقبة مؤمنة وجب ، فان لم يجد أعتق من لايعرف بنصب ، والمراد بالمؤمنة هو الايمان الخاص ، وهو القول بامامة الائمة الاثنى عشر عليهم السلام وأنه مع تعذر ذلك يعتق من لاينصب ، والمراد بهم المستضعفون ، والجاهلون بأمر الامامة ، وهم أكثر الناس في زمان الائمة عليهم السلام كما استفاضت به الأخبار من تقسيم الناس يومئذ الى الأصناف الثلاثة ، مؤمن ، وضال ، وهومن لايعرف ولا ينكر ، وكافر ، وهومن أنكر الولاية ، وقد تقدم تحقيق ذلك في مواضع ، ولا سيما في كتاب الطهارة ، وهذا القسم أعني أهل الضلال مما صرحت الأخبار بأنهم من المسلمين ، وليسوا بالمؤمنين ، ولا الكافرين ، وأنهم في الدنيا يعاملون بمعامله المسلمين ، وتجرى عليهم أحكام الاسلام ، وفي الآخرة من المرجئين لأمر الله ، إما يعذبهم ، وإما يتوب عليهم ، بل ربما دلّت بعض الأخبار على دخولهم الجنة بسعة الرحمة الالهية ، وأما المنكرون للامامة وهم المشار اليهم في الأخبار بالنصاب ، فهم من الكفار الحقيقيين ، خلافاً للمشهور بين علمائنا المتأخرين ، ولتحقيق المقام محل آخر .

وكيف كان فمما يدل على الحكم المذكور مارواه ثقة الاسلام في الكافي عن علي بن أبي حمزة (١) « قال : سألت عبداً صالحاً عن رجل هلك فأوصى بعتق

(١) الكافي ج ٧ ص ١٨ ح ١٠ بزيادة كلمة مسلمة ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٢ ح ٢ .

نسمة بثلاثين ديناراً فلم يوجد له بالذي سمي ؟ قال : ماأرى لهم أن يزيدوا على الذي سمي ، قلت : فان لم يجدوا ؟ قال : يشترون من عرض الناس مالم يكن ناصباً » .

ومارواه الصدوق في الفقيه عن علي بن أبي حمزة (١) عنه عليه السلام أنه قال « فليشتروا من عرض الناس مالم يكن ناصبيا » .

ومارواه المشايخ الثلاثة في الصحيح أو الحسن الى علي بن أبي حمزة (٢) « قال سألت اباالحسن عليه السلام عن رجل أوصى بثلاثين ديناراً يعتق بها رجل من أصحابنا فلم يوجد بذلك قال : يشترى من الناس فيعتق » .

وشيخنا في المسالك لم يورد دليلاً على القول المذكور إلا الرواية الأخيرة ، ثم اعترضها بضعف السند بعلي بن أبي حمزة ، قال فالحكم بها مع مخالفة مقتضى الوصية ضعيف ، ثم قال : ومع ذلك فليس في الرواية تقييد بعدم النصب ، لكن اعتبره الجماعة نظراً الى أن الناصبي كافر ، وعتق الكافر غير صحيح ، فالقيد من خارج ، الى أن قال : والأقوى أنه لايجزى غير المؤمنة مطلقاً ، فيتوقع المكنة ، انتهى .

أقول : أمّا الرد بضعف السند فليس بمسموع عندنا ، ولا عند المتقدمين ، ولا معتمد مع أن أصحاب هذا الاصطلاح متى اتفق الأصحاب على العمل بالخبر تلقوه بالقبول ، والأمر كذلك اذ لامخالف في الحكم فيما أعلم ، على أنه قد تقدم منه قريباً في مسئلة عدم قبول شهادة الوصي مع التهمة ، مايدل على تمسكه بالشهرة وان كانت خالية من الدليل بالكلّية ، فانه بعد أن استحسن مذهب ابن الجنيد عدل عنه الى المشهور من حيث الشهرة لاغير ، كما تقدم ايضاحه .

وأمّا طعنه في الرواية بأنها خالية من التقييد بعدم النصب ، ففيه أن الروايتين

---

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٥٩ ح ٥٥٤ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٨ ح ٩ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٠ ح ٨٦٣ ، الفقيه ج ٤ ص ١٥٩ ح ٣٥٥ ، وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٢ ح ٢ و ١ .

الأخيرتين قد صرحتا بما ذكره الأصحاب من الشرط المذكور .

فان قيل : ان الروايتين لا دلالة لهما على كون الرقبة الموصى بها مؤمنة كما هو المدعى ، ولعلّه لهذه الجهة لم يورد شيخنا المذكور هذين الخبرين .

قلنا : هذا غلط محض ، فان المسئول عنه وان كان مجملاً ، لكن الحمل على المؤمنة معلوم من جوابه عليه السلام ، وهو قرينة على أن المسئول عنه يومئذ إنما هو الرقبة المؤمنة ، وذلك فان الأمر بالشراء بعد تعذر المأمور به بتلك القيمة لمن كان من عرض الناس ، إلا أن يكون ناصبياً ، ظاهر في كون المأمور به رقبة مؤمنة ، والتفصيل فيه جار على ماقدمناه من تقسيم الناس الى تلك الأقسام الثلاثة في وقتهم عليهم السلام ، وان المراد بهذا الذى هو من عرض الناس هم الضلال الذين لايعرفون ولا ينكرون ، فانّا قد أشرنا سابقاً الى أن المفهوم من الأخبار أن جل الناس في وقتهم كانوا من هذا الصنف .

وبالجملة فان الحكم بما هو مشهور صحيح ، ولا يعتريه فتور ولا قصور ومما يدل على جواز عتق المستضعفين المشار اليهم في هذه الأخبار بعرض الناس اختياراً لأنهم من المسلمين ، فتجرى عليهم أحكام الاسلام التى من جملتها العتق .

صحيحة الحلبي (١) « قال : قلت لأبى عبدالله عليه السلام : الرقبة تعتق من المستضعفين ؟ قال : نعم » إلا أن الظاهر تقييده بما اذا لم تكن الرقبة مشروطاً فيها أن تكون مؤمنة .

ومنها أنه لو أوصى بعتق رقبة بثمن معين فلم يجدها بذلك الثمن ، بل وجدها بأكثر منها لم يجب شراؤها ، ولم تجب عليه الزيادة ، ويدل عليه ماتقدم في رواية علي بن أبي حمزة ، حيث قال السائل « فلم توجد بالذى سمي ، فقال عليه السلام : ما أرى لهم أن يزيدوا على الذى سمي » وحينئذ فيجب عليه الصبر ، وتوقع

(١) الكافي ج ٦ ص ١٨٢ ح ٣ ، الوسائل ج ١٦ ص ٢٣ ح ١ .

وجودها بما عين له ، فان يئس من ذلك ففي بطلان الوصية أو صرفه في البر أو شراء شقص به ، فان تعذر فأحد الأمرين أوجه ، استجود في المسالك شراء الشقص قال : لأنه أقرب الى مراد الموصي من عدمه ، ولعموم « فأتوا منه ماستطعتم » .

أقـول : لايخفى أن الأظهر بناءً على ما تقدم في نظائر هذه المسئلة هـو الصرف في وجوه البر ، إلا أن يجعل ماذكره من شراء الشقص داخلاً في وجوه البر ، وتكون هذه الوجوه التي ذكرها مؤيدة .

وكيف كان فالظاهر هو الصرف في وجوه البر كيف كان ، ونقل عن التذكرة الميل الى القول بالبطلان ، حيث نفى عنه البأس ، وفيه ما عرفت في أصل المسئلة المتقدمة من صون هذا القول ، لأن هذه الصورة أحد جزئيات تلك المسئلة ، ولو وجدت بأقل اشتراها وأعتقها ، ورفع اليها مابقي من الموصى به .

ويدل على الحكم المذكور ما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) في الصحيح الى سماعة ، فيكون الموثق (١) « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى أن يعتق عنه نسمة بخمسمائة درهم من ثلثـه ، فاشترى الوصي نسمة بأقل من خمسمائة درهم ، وفضلت فضلة ، فما ترى ؟ قال : تدفع الفضلة الى النسمة من قبل أن تعتق ، ثم تعتق عن الميت » .

قال فـي المسالك : والرواية مـع ضعف سندها بسماعة دلت على اجـزاء الناقصة وان أمكنت المطابقة ، لأنه لم يستفصل فيها ، هـل كانت المطابقة ممكنة أم لا ؟ وترك الاستفصال من وجـوه العموم ، إلا أن الأصحاب نزلوها على تعـذر الشراء بالقـدر ، ولا بأس بذلك مع اليأس من العمل بمقتضى الوصية ، لوجوب تنفيذها بحسب الامكان ، واعطاء النسمة الزايد صرف له في وجوه البر ، وهو في محله حينئذ ، وتبقى الرواية شاهداً ان لم تكن حجة ، لأن سماعة وان كان واقفيا

(١) الكافـي ج ٧ ص ١٩ ح ١٣ ، التهـذيب ج ٩ ص ٢٢١ ح ٨٦٨ ، الفـقيـه ج ٤ ص ١٥٩ ح ٥٥٧ ، الوسـائل ج ١٣ ص ٤٦٥ البـاب ٧٧ .

لكنه ثقة ، فتبنى حجيتها على قبول الموثق ، أو على جبر الضعف بالشهرة ، وعلى ما بيّناه لاضرورة الى ذلك ، لموافقة مضمونها للقواعد اذا قيدت باليأس من تحصيل النسمة بالشرط» انتهى .

أقول : الظاهر ـ والله سبحانه وأولياؤه أعلم ـ أن الموصي أوصى بشراء نسمة تكون مما يساوى هذا الثمن عرفاً ، واتفق حصول بعض أفراد هذا النوع بأقل من هذا الثمن ، فان الحكم فيه ما ذكر من صحة الشراء واعطاء الزائد النسمة .

أمّا صحة الشراء فلأن المفروض أنه من النوع الذى أمر به ، وان اتفق حصوله بأقل من الثمن المعين ، لأن الموصي انما قصد بتعيين الثمن بيان النوع الذى يريده ، بمعنى أنه يكون من الأنواع التى تكون قيمتها بحسب العرف والعادة خمسمائة درهم ، فالغرض إنما هو بيان النوع ، والذى اشتراه الوصي من هذا النوع ، إلا أنه اتفق له بأقل من الثمن المحدود ، وحينئذ فزيادة الثمن ونقصانه غير ملحوظ في الأمر بالشراء ، وانما الملحوظ تعيين النوع ، وقد حصل ، فلا مخالفة في الرواية بوجه من الوجوه ، ولا يحتاج الى تنزيلها على تعذر الشراء بالقدر، كما نقله عن الأصحاب ، ولا الى الحمل على اليأس من العمل بمقتضى الوصية كما ذكره ، لأن العمل بمقتضى الوصية قد حصل بشراء تلك النسمة ، حيث انها من النوع الذى أراده الموصي ، والثمن لامدخل له في ذلك حيث انه انما ذكر لبيان ذلك النوع ومعرفته ، لا أنه ملحوظ له أولاً وبالذات كما توهمه حتى أنه بالنقصان عنه قد خالف مقتض الوصية ، وما ذكرناه بحمد الله سبحانه صحيح ، لا قصور فيه ولا ريب يعتريه .

وأمّا صرف الزائد فهو يرجع الى صرفه في وجوه البر ، كما هو المقرر في مثله .

بقي الكلام في أن الرواية دلّت على أن المعتق بعد اعطاء الزائد النسمة والمفهوم من كلام الأصحاب عدم التقييد بذلك ، وأنه لافرق في دفع الزائد الى النسمة بين كونه قبل العتق أو بعده ، والله العالم .

ومنها أنه لو أعتق رقبة بظن أنها مؤمنة ، ثم بانت بخلاف ذلك ، قالوا : أجزأت عن الموصى له ، وعلّله في المسالك بأنه متعبد في ذلك بالظاهر ، لا بما في نفس الأمر ، اذ لايطّلع على السرائر إلا الله ، فقد امتثل الأمر ، وهو يقتضي الاجزاء ، انتهى وهو جيد .

أقول : ويدل عليه أيضاً ما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله تعالى مراقدهم) عن عمار بن مروان (١) عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال فيه « قلت : وأوصى بنسمة مؤمنة عارفة فلما أعتقناه بان لنا أنه لغير رشدة ، فقال : فقد أجزأت عنه » وزاد في الكافي الفقيه « إنما ذلك مثل رجل اشترى اضحية على انها سمينة فوجدها مهزولة ، فقد أجزأت » ، والمراد بقوله « لغير رشدة » يعني ولد الزنا وفي الخبر اشارة واضحة الى عدم ايمان ولد الزنا كما هو حق عندى في المسئلة ، وقد تقدم تحقيق القول فيه في كتاب الطهارة .

المقصد الخامس في الموصى له :

وفيه مسائل : **الاولى** : الظاهر أنه لاخلاف بين الأصحاب (رضوان الله عليهم) في أنه يشترط في الموصى اليه الوجود حال الوصية ، فلو أوصى لميت بطلت ، وكذا لو أوصى لمن يظن وجوده ، ثم تبين أنه قد مات حال الوصية ، قالوا ، والوجه في ذلك أن الوصية لما كانت عبارة عن تمليك عين او منفعة كما تقدم من تعريفها بذلك ، فلابد من أن يكون الموصى له قابلاً للتمليك ، ليتحقق مقتضاها ، فلاتصح الوصية للميت ولا لما تحمله المرأة ، ولا لمن علم موته حين الوصية ، للعلّة المذكورة .

(١) الكافي ج ٧ ص ٦٢ ح ١٧ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٦ ح ٩٢٠ ، الفقيه ج ٤ ص ١٧٢ ح ٦٠٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٨١ ح ٢ .

قال في المسالك : وأمّا الوصية لمن سيوجد ، فقد أطلق الأصحاب وغيرهم المنع منه ، ولو بالتبعية للموجود ، مع أنه قد تقدم جواز الوقف على المعدوم تبعاً للموجود ، ودائرة الوقف أضيق من دائرة الوصية ، كما يعلم من أحكامها ، ويمكن الفرق بينهما لافتراقهما في هذا الحكم بأن الغرض من الملك في الوقف ملك العين على وجه الحبس ، واطلاق الثمرة ، والموقوف حقيقة هو العين ، وملكها حاصل للموقوف عليه الموجود ، ثم ينتقل منه الى المعدوم ، وان كان يتلقى الملك من الواقف ، ففائدة الملك المقصودة منه متحققة فيهما ، بخلاف الوصية فانه لو أوصى الى موجود ، ثم الى معدوم بذلك الموصى به أولاً ، فان مقتضى الوصية تمليك الموصى له ، فيكون الموصى به ملكا لذلك الموجود يتصرف فيه كيف يشاء ، ولو ببيعه واخراجه عن ملكه ، وهذا مما ينافي الوصية للمعدوم بها ، لأن الوصية له يقتضي تمليكه أيضاً ، والحال أن العين الموصى بها قد صارت ملكا للأول ، ويلزم أيضاً أنه بالوصية الى المعدوم من أول الأمر ينتقل العين الموصى بها اليه ، كما هو مقتضى الوصية ، مع أنه معدوم في ذلك الوقت ولا يصلح للتملك .

نعم لو كانت الوصية بثمرة بستان لزيد ، ولأولاده المتجددين من بعده وهذا موضع شبهة في المقام ، فانه وان لم يأت فيه ما تقدم من المحذور الأول ، إلا أن الثاني آت فيه ، لأنه بالوصية الى زيد ولأولاده ينتقل الموصى به الى كل منهما ، وكل منهما يوصى له بطريق الاستقلال لأن الثمرة التي تملكها الأول بالوصية غير الثمرة التي تملكها الأخر في زمانه ، ومقتضى الوصية التمليك ، فيلزم بمجرد الوصية تملك المعدوم ، مع أنه غير قابل للتملك ، ولو بالتبعية ، بخلاف الوقف ، لأن الملك متحقق للموجود في الأصل ابتداء ، ومنه ينتقل الى المعدوم بعد وجوده ، ويزيد ذلك تأييداً أو تعليلاً وتشييداً أن الوصية كما عرفت من المملكات موجبة لنقل الملك من الموصى الى الموصى له ، فلابد من الدليل الشرعي على صحة تملك الوصية ، ليترتب عليها الأثر المذكور ، والذى علم من الأدلة والأخبار الواردة في

باب الوصية هو تخصيص ذلك بالوصية الى الموجود ، والحكم بالصحة في المعدوم يتوقف على الدليل ، وليس فليس .

الثانية : الظاهر أنه لاخلاف بين الأصحاب (رضي الله عنهم) في صحة الوصية للوارث والأجنبي وغير الوارث من الأقارب ، والخلاف هنا إنما هو من الجمهور ، فان أكثرهم على عدم جوازها للوارث ، ورووا في ذلك عنه(١) (صلى الله عليه وآله وسلّم) أنه « قال : لاوصية لوارث » ويدل على ماذكره الأصحاب الآية ، وهي قوله عزوجل(٢) « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين » ومن الظاهر أن الوالدين يكونان وارثين البتة ، فهي صريحة في جواز الوصية للوارث ، والأقارب قد يكونوا وارثين أيضاً فتدل الآية أيضاً على ذلك باطلاقها ، فالمراد بقوله في الآية « كتب » ليس للوجوب ، بل المراد التأكيد والحث على ذلك .

وقد اضطرب كلام العامة في المقتضى عن الآية والجواب عنها ، فقيل : بأنها منسوخة بآية المواريث وقد رواه العياشي في تفسيره عن ابن مسكان (٣) عن أبي جعفر عليه السلام في قوله تعالى « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين » قال : هي منسوخة نسختها آية الفرائض التي هي المواريث وجملة من أصحابنا حملوا هذه الرواية على التقية ، لما عرفت من أن المنع مذهب العامة .

ويحتمل قريباً حمل النسخ فيها على نسخ الوجوب ، فان ظاهر الآية الوجوب وأنه قد نسخ بآية المواريث ، فلا ينافي الجواز بل الاستحباب .

ومنهم من حمل الوالدين على الكافرين ، وباقي الأقارب على غير الوارث

(١) الجامع الصغير ج ٢ ص ٢٠٤ الطبعة الرابعة ـ دار الكتب العلمية .
(٢) سورة البقرة ـ الآية ١٨٠ .
(٣) تفسير العياشي ج ١ ص ٧٧ ح ١٦٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٦ الباب ١٥ ح ١٥ .

منهم جمعاً ، ومنهم من جعلها منسوخة فيما يتعلق بالوالدين خاصة .

قال في المسالك : ويبطل الأول بأن الشيء انما ينسخ غيره اذا لم يمكن الجمع بينهما ، وهو هنا ممكن بحمل الارث على ما زاد عن الثلث ، كغيرها من الوصايا ، وبه يبطل الباقي ، قال : والخبر على تقدير تسليمه يمكن حمله على نفي وجوب الوصية الذي كان قبل نزول الفرائض ، أو على نفي الوصية مطلقا ، بمعنى امضائها ، وان زادت عن الثلث ، كما يقتضيه اطلاق الآية ، والمراد نفي الوصية عما زاد عن الثلث .

ثم ان مما يدل على الوصية للوارث الأخبار المتكاثرة ، ومنها مارواه في الكافي عن أبي بصير (١) « قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن الوصية للوارث ، فقال : تجوز .

وما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن أبي ولاد الحناط (٢) « قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن الميت يوصي للوارث بشيء ؟ قال : نعم ، أو قال جائز له » .

وما رواه في الكافي عن محمد بن مسلم (٣) في الصحيح « عن أبي جعفر عليه السلام قال : الوصيه للوارث لابأس بها » .

وعن محمد بن مسلم (٤) في الموثق « قال : سألت اباعبدالله عليه السلام عن الوصية للوارث ؟ قال : تجوز » .

وما رواه المشايخ الثلاثة عن محمد بن مسلم (٥) في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام « قال : سألته عن الوصية للوارث ؟ فقال : تجوز ، قال : ثم تلا هذه الآية « ان ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين » .

وفي هذا الخبر مايؤذن بحمل خبر العياشي على المعنى الثاني ، وهو أن

(١) و (٢) و (٣) و (٤) و (٥) الكافي ج ٧ ص ٩ ح ١ و ٢ و ٣ و ص ١٠ ح ٤ و ٥ ، التهذيب ج ٩ ص ١٩٩ ح ٧٩١ و ٧٩٨ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٤ ح ٤٩٣ .
وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٤ ح ٣ و ص ٣٧٣ ح ١ و ص ٣٧٤ ح ٤ و ٥ و ص ٣٧٣ ح ٢ .

المراد نسخ الوجوب ، فان الامام عليه السلام قد استدل بها على جواز الوصية للوارث، ومادان إلا باعتبار حمل قوله « كتب » على تأكيد الاستحباب .

وأمّا ما رواه الشيخ عن القاسم بن سليمان (١) « قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اعترف لوارث بدين في مرضه ، فقال : لا تجوز وصية لوارث ولا اعتراف » فقد أجاب عنه الشيخ في التهذيبين بالحمل على التقية ، قال لموافقته مذاهب العامّة ومخالفته للقرآن ، وحمله في الفقيه على أكثر من الثلث .

الثالثة : اختلف الأصحاب في جواز الوصية للذمّي على أقوال : فقيل : بالصحة مطلقاً رحماً كان أو غيره ، وهو قول ابن ادريس ومن تبعه ، ومنهم المحقق والعلامة .

وقيل : بالعدم مطلقا وهو القاضي ابن البراج ، وقيل : تصح اذا كان رحماً ، ولا تصح ان كان أجنبياً ، نقله الشيخ في الخلاف عن بعض أصحابنا .

ويدل على الأول قوله عز وجل (٢) « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين . . . الى قوله أن تبروهم » والوصية بر .

ومن الأخبار ما رواه المشايخ الثلاثة (قدس الله أرواحهم) عن محمد بن مسلم(٣) في الصحيح « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى بماله في سبيل الله فقال : أعطه لمن أوصى به له ، وان كان يهودياً أو نصرانياً ، أن الله تبارك وتعالى يقول (٤) : فمن بدله بعد ما سمعه فانما إثمه على الذين يبدلونه » .

وما رواه في الكافي والتهذيب بسند صحيح غير الأول عن محمد بن مسلم (٥)

---

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢٠٠ ح ٧٩٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٥ ح ١٢ .

(٢) سورة الممتحنة ـ الآية ٨ .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ٢٠٣ ح ٨٠٨ ، الكافي ج ٧ ص ١٤ ح ١ ، الفقيه ج ٤ ص ٤٨ ح ١٤٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤١١ الباب ٣٢ .

(٤) سورة البقرة ـ الآية ١٨١ .

(٥) الكافي ج ٧ ص ١٤ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠١ ح ٨٠٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤١١ الباب ٣٢ ذيل الرواية الاولى .

عن أحدهما عليهما السلام مثله بأدنى تفاوت .

وما رواه المشايخ الثلاثة أيضاً عن يونس بن يعقوب (١) « أن رجلا كان بهمدان ذكر أن أباه مات ، وكان لايعرف هذا الأمر ، فأوصى بوصية عند الموت وأوصى أن يعطى شيء في سبيل الله فسئل عنه أبو عبدالله عليه السلام كيف يفعل به ؟ فأخبرناه أنه كان لايعرف هذا الأمر ، فقال : لو أن رجلاً أوصى الي أضع في يهودي أو نصراني لوضعته فيهما ، أن الله عز وجل يقول « فمن بدله بعدما سمعه فانما إثمه على الذين يبدلونه » فانظروا الى من يخرج الى هذا الوجه يعنى « بعض الثغور » فابعثوا به اليه » .

واستدل للثاني ـ بان الوصية تستلزم المودة ، وهي محرمة بالنسبة الى الكافر ، بقوله تعالى (٢) « لاتجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آبائهم أو أبنائهم » وهي متناولة للأرحام وغيرهم .

ورده في المسالك فقال : ويضعف بمعارضته بقوله تعالى (٣) « لاينهاكم الله » الآية والذمي مطلقا داخل فيها ، وبما تقدم من الأخبار ، وبقوله (صلى الله عليه وآله وسلّم) (٤) « على كل كبد حراء أجرا » ، وينتقض بجواز هبته واطعامه ويمنع كون مطلق الوصية له موادة ، لأن الظاهر أن المراد منها موادة المحاد لله من حيث هو محاد لله بقرينة ما ذكر من جواز صلته ، وهو عين المتنازع ، لأنّا لانسلم أنه لو أوصى للكافر من حيث انه كافر لا من حيث أنه عبد لله وذو روح من أولاد آدم المكرمين لكانت الوصية باطلة ثم انه اختار القول بالصحة مطلقاً

(١) الكافي ج ٧ ص ١٤ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠١ ح ٨٠٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤١٤ ح ٤ .

(٢) سورة المجادلة ـ الاية ٢٢ .

(٣) سورة الممتحنة ـ الاية ٨ .

(٤) الكافي ج ٤ ص ٥٧ ح ٢ وفيه « أفضل الصدقة ابراد كبد حرى » وفي هامش الجامع الصغير ج ٢ ص ٦٨ عن صحيح الترمذي لك بكل ذات كبد حراء أجر الوسائل ج ٦ ص ٣٣٠ الباب ٤٩ .

للآية المتقدمة ، والأخبار المذكورة معها .

أقول : لقائل أن يقول : ان الأخبار المذكورة لا دلالة فيها على أزيد من وجوب تنفيذ الوصية كما أوصى به الموصي ، وهو لايستلزم جواز ذلك ، بل من الممكن أن يكون مافعله محرماً يأثم عليه وان وجب تنفيذه على الوصي ، واليه تشير الأخبار المذكورة ، فان الظاهر من الأخبار أن معنى سبيل الله هو جميع وجوه البر كما تقدم بيانه ، وان تفسيره بالجهاد إنما هو مذهب العامّة ، ولهذا انه عليه‌السلام في خبر يونس بن يعقوب أمر بصرفه في ذلك لكون الموصي مخالفا .

وبالجملة فان النهي عن موادة الذمّي وصلته التي من جملتها الوصية له لاينافي وجوب تنفيذها بالآية المذكورة ، ألا ترى أن البيع بعد النداء يوم الجمعة محرم يأثم فاعله مع أنه صحيح لو وقع ، ومرجع ذلك الى أن الآية قد دلّت على أنه يجب تنفيذ ما أوصى به حسبما أوصى به ، سواء كان مافعل من الوصية جائزاً أو محرماً ، واثم تحريمه انما يتعلق به ، لا بالموصي ، نعم تبقى المعارضة بين الآيتين المذكورتين ، والجمع بينهما مشكل ، وقد مرّ في كتاب الوقف مزيد كلامه في ذلك : وأمّا استناده فيما ذكره الى الخبر النبوي المذكور ، والى أنه تجوز هبته واطعامه فهو ناش من الغفلة عن مراجعة النصوص الواردة في هذا الباب ، وذلك فانه قد روى ثقة الاسلام في الكافي النهي عن اطعام الكافر ، عن أبي يحيى (١) عن بعض أصحابنا « عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال : من أشبع مؤمناً وجبت له الجنة ، ومن أشبع كافراً كان حقاً على الله أن يملأ جوفه من الزقوم ، مؤمناً كان أو كافرا » .

وروى الصدوق قدس سره في كتاب معاني الاخبار بسنده فيه عن النهيكي (٢) رفعه الى أبي عبدالله عليه‌السلام « أنه قال من مثل مثالا اواقتنى كلباً فقد خرج من الاسلام فقلت له : هلك اذاً كثير من الناس ، فقال : انما عينت بقولي « من مثل

(١) اصول الكافي ج ٢ ص ٢٠٠ ح ١ ، الوسائل ج ١٦ ص ٥٢٣ ح ١ .
(٢) معاني الاخبار ص ١٨١ ، الوسائل ج ١٦ ص ٥٢٣ ح ٢ .

مثالاً » مـن نصب ديناً غـير دين الله ودعى الناس اليه ، وبقـولي « من اقتنى كلباً مبغضا لأهل البيت اقتناه فأطعمه وسقاه من فعل ذلك فقد خرج عن الاسلام » .

وعن معلّى بن الحسين (١) عن أبـى عبدالله عليه السلام في حديث « قال : من أشبع عدواً لنا فقد قتل ولياً لنا » .

وفي وصيته (صلّى‌الله عليه وآله وسلّم) لأبـى ذر المنقولة في كتاب مجالس الشيـخ (٢) : « يا أباذر لايأكل طعامك إلا تقي . . . الى أن قال : أطعـم طعامك من يحب في الله ، وكل طعام من يحبك في الله » .

وروى في التهذيب عن عمر بن يزيد (٣) « قال سألته عن الصدقة على النصاب وعلى الزيديـة ، فقال : لاتصـدق عليهم بشيء ولاتسقهم مـن الماء ان استطعت ، وقال : الزيدية هم النصاب » .

وعن ابن أبي يعفور (٤) « قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : جعلت فداك ماتقول في الزكاة ؟ الى أن قلت : فيعطى السؤّال منها شيئاً ؟ قال: فقال: لاوالله إلا أن ترحمه فان رحمته فاعطه كسرة ثم أومى بيده فوضع ابهامه على أصول أصابعه » .

وفي رواية أبي بصير (٥) « عن الصادق عليه السلام قال : أبوعبدالله عليه السلام أترون أنما في المال الزكاة وحدها ، مافرض الله في المال من غير الزكاة أكثر ، تعطى منه القرابة والمعترض لك ممن يسألك فتعطيه ما لم تعرفه بالنصب ، فإذا عـرفته بالنصب فلا تعطه إلا أن تخاف لسانه فتشترى دينك وعرضك منه » .

الى غير ذلك من الأخبار الكثيرة الدلالة على ذلك ، وهي مؤيـدة لما دلّت

---

(١) معاني الاخبار ص ٣٤٥ .

(٢) امالى الشيخ الطوسى ج ٢ ص ١٤٨ ط النجف الاشرف .

(٣) و (٤) التهـذيب ج ٤ ص ٥٣ ح ١٤١ و ١٤٢ .

(٥) الكافـي ج ٣ ص ٥٥١ ح ٢ .

وهذه الروايات في الوسـائل ج ١٦ ص ٥٢٤ ح ٣ و ٤ و ج ٦ ص ٢٨٨ ح ٢ و ص ١٥٣ ح ٦ و ص ١٧٠ ح ١ .

عليه الآية المذكورة أعني قوله تعالى(١) « لاتجد قوماً » الآية ويعضده هذه الآية أيضاً قوله عز وجل (٢) « يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا عدوى وعدوكم أولياء تلقون اليهم بالمودة وقد كفروا بما جائكم من الحق » الى أن قال « ومن يفعله منكم فقد ضل سواء السبيل ان يثقفوكم يكونوا لكم أعداء ويبسطوا اليكم أيديهم والسنتهم بالسوء وودوا لو تكفرون » .

وأنت خبير بما فيها من التسجيل على النهي عن الموادة لهم على أبلغ وجه وآكده ، ولاريب أن الوصية لهم نوع محبة كما لايخفى ، وبما ذكرناه من الاعتضاد بهذه الآية والأخبار المذكورة يظهر ترجيح العمل بآية « لاتجد قوماً » على الآيه الأخرى وهي (٣) « لا ينهاكم الله » الآية .

ومن المحتمل قريباً تخصيص هذه الآية بمعنى لاينافي مادلت عليه تلك الآيات والأخبار ، كما ذكره الطبرسي في كتاب مجمع البيان ، قال : أي ليس ينهاكم الله عن مخالطة أهل العهد الذين عاهدوكم على ترك القتال ، وبرهم ومعاملتهم بالعدل ، وهو قوله (٤) « ان تبروهم وتقسطوا اليهم » أي وتعدلوا فيما بينكم وبينهم من الوفاء بالعهد ، نقل ذلك عن الزجاج ، واذا قام هذا الاحتمال فلادلالة فى الآيه على المخالفة ، ثم نقل قولاً بأنها منسوخة بآية (٥) « اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » عن ابن عباس والحسن وقتادة وعلى هذا فلا اشكال أيضاً إلا أن ظاهر كلامه الأخير يؤذن بالمخالفة ، وقد تقدم نقله في كتاب الوقف .

والمراد بالناصب في هذه الأخبار هو المخالف الغير المستضعف ، ولاالجاهل بالامامة لامايتوهمه متأخرو أصحابنا من المعلن بعداوة أهل البيت عليهم السلام كما

(١) سورة المجادلة ــ الاية ٢٢ .
(٢) سورة الممتحنة ــ الاية ١ .
(٣) و (٤) سورة الممتحنة ــ الاية ٨ .
(٥) سورة التوبة ــ الاية ٥ .

تقدم تحقيقه في غير مقام ، ولاسيما في كتب العبادات .

وبذلك يظهر الك مافي قوله « انّا لانسلّم أنه لو أوصى للكافر من حيث انه كافر لكانت الوصية باطلة » ، فان فيه ماعرفت من أنه لامنافات بين انفاذ الوصية بعد وقوعها ، وعدم جواز الوصية له ، ومحل البحث إنما هو جواز الوصية ، وقد دلّت الأخبار التى سردناها على عدم جواز صلة الكافر ، والوصية من جملة ذلك ، فلا يجوز حينئذ ، ولكن بعد وقوعها وإن أثم الموصى بذلك لاتجوز مخالفته لمقتضى الأخبار المذكورة المعتضدة بالآية الدالة على النهي عن التبديل والمخالفة لما أوصى به .

واستدل للقول الثالث بماورد من الحث على صلة الرحم مطلقا ، فيتناول الذمي ، ورد بأن ذلك غير مناف لما دل على صلة غيره .

أقول : هذا الجواب انما يتم لودل الدليل على صلة غيره ممن هو محل البحث ، وأما على ماذكرناه من عدم جواز ذلك كما عرفته ، فالقول المذكور وما علّل به جيد لابأس به ، إلا أنه يمكن أن يقال : انه قد تعارض هنا عمومان : أحدهما ـ مادل على صلة الرحم متديناً كان أو غيره ، وثانيهما ـ مادل على المنع من صلة الكافر مطلقا رحماً كان أو غيره ، كما عرفت من الأخبار التي ذكرناها ، وتخصيص أحد العمومين بالآخر يحتاج الى دليل ، ومن ذلك يظهر أن الأظهر هو القول بالمنع مطلقا ، ويؤيده أنه الأحوط من هذه الأقوال ، والاحتياط أحد المرجحات الشرعية في مقام التعارض بين الأدلة ، هذا بالنسبة الى الذمي .

وأما الحربي والمراد به ماهو أعم من الوثني أو الذمي الذىلايقوم بشرائط الذمة ، والظاهر أن المشهور بينهم هو عدم صحة الوصية له ، واستدل عليه بقوله تعالى(١) « انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين » الآية ، والحربي ناصب نفسه لذلك .

---

(١) سورة الممتحنة ـ الاية ٩ .

قال في المسالك : وفيه نظر ، لأن الحربي قـد لايكون مقاتلاً بالفعل بـل ممتنعاً من التزام شرائط الذمـة ، فلا يدخل في الآيـة ، وقوله عليه‌السلام في الخبر السابق « اعطه لمـن أوصى له ، وان كان يهوديا أو نصرانياً » ، واستشهاده بالآيـة يتناول بعمومه الحربي ، لأن « من » عامة في المتنازع وكذلك اليهودي والنصراني شامل للذمي وغيره ، حيث لايلتزم بشرائط الذمة ، انتهى .

أقول : من المحتمل قريباً ـ بل الظاهر أنـه هو المراد ـ أن المراد بالقتال في الدين انما هو بعد طلبهم الى الدخول في الدين ، أو القيام بالجزية ان كانوا مـن أهل الكتاب ، بمعنى انكم اذا طلبتموهم الى ذلك قاتلـوكم ، ولم يجيبوا دعـوتكم ، ونصبوا لكم القتال ، لاأن المـراد أنهم يبتدؤنكم بالقتال ، وينصبون لكم الحرب ، وان لم تدعوهم الى الاسلام ، اذمن الظاهر أن أهل مكة الذين هم مورد الآية وغيرهم انما قاتلوا رسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلم) بعد الدعوة الـى الاسلام ، وطلبهم الى الدخـول فيه ، وإلا فلو كف عنهم لكفـوا عنه ولـم يقاتلوه بالكلّية .

وأمّا الاستناد إلى ماذكره من قوله عليه‌السلام في الخبر السابق « اعطه لمن أوصى له وان كان يهودياً » ، فان فيه ماقدمنا تحقيقه من أنه لايلزم من وجوب التنفيذ صحة الوصية ، بل يجب على الوصي انفاذ ما أوصى به وان كان أصل الوصية منهياً عنه ، جمعاً بـين الآيات والأخبار الدالة على النهي عـن صلة الكافـر وموادتـه ، والوصية من قبيل ذلك ، وبـين الأخبار المشار اليها الدالة صريحاً على وجـوب تنفيذ ما أوصى به ، وليس فيما ذكرناه من هذا القول مايطعن به عليه ، إلا كونه خلاف المشهور بينهم ، وإلا فالقواعـد الشرعية لاتنافيه بـل تعضده ، كما تقدمت الاشارة اليه .

ثـم ان ما استدل بـه على عـدم صحة الوصية للحربي وكـذا الوقف عليه أن مال الحربـي فيىء للمسلمين ، فلا يجب دفعه اليه لأنـه غير مالك ، فلوجازت

الوصية له لكان إما أن يجب على الوصي دفعه اليه وهو باطل لما تقدم ، أو لا يجب وهو المطلوب ، إذ لامعنى لبطلان الوصية إلا عدم وجوب تسليمها الى الموصى له .

واعترضه في المسالك بأن فيه منع استلزام عدم وجوب دفع الوصية اليه بطلانها ، لأن معنى صحتها ثبوت الملك له اذا قبله فيصير حينئذ ملكاً من أملاكه يلزمه حكمه ، ومن حكمه جواز أخذ المسلم له ، فاذا حكمنا بصحة وصيته ، وقبضه الوصي ثم استولى عليه من جهة أنه مال الحربي ، لم يكن منافياً لصحة الوصية ، وكذا لو منعه الوارث لذلك ، وان اعترفوا بصحة الوصية .

وتظهر الفائدة في جواز استيلاء الوصي على العين الموصى بها الحربي ، فيختص بها دون الورثة ، وكذا لو استولى عليها بعض الورثة دون بعض ، حيث لم يكن في أيديهم ابتداء ، ولو حكمنا بالبطلان لم يأت هذا ، بل يكون الموصى به من جملة التركة ، لايختص بأحد من الورثة .

أقول : يمكن أن يقال : أن مراد المستدل المذكور هو أنه لما اباح الشارع ماله وجعله فيئاً للمسلمين ، دل ذلك على كونه غير أهل للملك ، بمعنى أنه لايدخل شيء في ملكه ، بأي نحو كان ، وأن هذا المال الذي كان عنده انما هو بمنزلة الأشياء المباحة للناس ، كل من سبق اليه وحازه ملكه دون غيره ، وكونه في يده قبل الاستيلاء عليه بالقهر والغلبة من المسلمين ، لايدل على الملك ، وعلى هذا فلا يجوز ادخال شيء في ملكه بوصية أو غيرها ، حتى أنه بعد الدخول في ملكه يصير فيئاً للمسلمين ، كما ذكره (قدس سره) بل تصير الوصية اليه باطلة ، ويكون الموصى به من جملة التركة كما ذكره أخيرا ، وهو احتمال قريب وجيه لابد لنفيه من دليل .

الرابعة : قالوا : لاتصح الوصية لمملوك الأجنبي ولا لمدبره ، ولا لأم ولده ، ولا لمكاتبه المشروطة ، أو الذي لم يؤد من مكاتبته شيئاً ، وان أجاز مولاه .

أقول : أمّا عدم جواز الوصية لمملوك الغير قناً كان أو مدبراً أو أم ولد ،

فاستدلوا عليه بانتفاء أهلية الملك بالنسبة الى هؤلاء، وهو شرط في صحة الوصية.

وفيه أن هذا إنما يتم على القول بأن المملوك لا يملك شيئاً مطلقا، كما هو أحد الأقوال في المسألة، وأمّا على القول بأنه يملك وان كان في التصرف محجوراً إلا باذن المولى، فانه لا مانع من صحة الوصية له، فيعتبر قبوله كغيره، وربما استدل على عدم الصحة برواية عبد الرحمن بن الحجاج (١) عن أحدهما عليهما السلام « قال: لا وصية لمملوك ».

وفيه أن الخبر كما يحتمل نفي الوصية من الغير له، كذلك يحتمل نفي أن يوصي المملوك لغيره، لاحتمال أن يكون الاضافة هنا الى الفاعل، أو المفعول.

وأما بالنسبة الى مكاتب الغير اذا كان مشروطاً أو مطلقا ولم يؤد شيئاً بالكلية، فالمشهور أن الحكم فيه كما في سابقه، لبقاء المملوكية.

وقيل: بصحة الوصية للمكاتب مطلقاً، لانقطاع سلطنة المولى عنه، ولهذا يصح بيعه واكتسابه، وقبول الوصية نوع من الاكتساب.

أقول: والذي وقفت عليه من الروايات المتعلقة بالمكاتب ما رواه المشايخ الثلاثة (قدس الله ارواحهم) في الصحيح عن محمد بن قيس (٢) عن أبي جعفر عليه السلام في مكاتب كذا في كتابي الكافي والتهذيب وفي الفقيه « عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب كانت تحته امرأة حرة، فأوصت له عند موتها بوصية فقال: أهل الميراث لا نجيز وصيتها له، انه مكاتب لم يعتق ولا يرث، فقضى أنه يرث بحساب ما اعتق منه، ويجوز له من الوصية بحساب ما أعتق منه، وقضى في مكاتب أوصى له بوصية وقد قضى نصف ما عليه فأجاز له نصف الوصية وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصية فأجاز ربع الوصية، وقال في رجل حر أوصى لمكاتبه، وقد قضت سدس ما كان عليها وأجاز بحساب ما أعتق منها ».

---

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢١٦ ح ٨٥٢.

(٢) الكافي ج ٧ ص ٢٨ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٣ ح ٨٧٤، الفقيه ج ٤ ص ١٦٠ ح ٥٥٨.

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٦ ح ٢ و ص ٤٦٨ الباب ٨٠.

وشيخنا في المسالك بناءً على ماحصل له من الوهم في محمد بن قيس في أمثال هذا السند من كونه مشتركاً ، والحديث به ضعيف ، رد هذه الرواية بذلك، بعد أن أوردها دليلاً للقول الأول ، واختار القول الثاني وجعله الأقوى ، وهو ضعيف ، فان محمد بن قيس في هذا السند وأمثاله هو الثقة ، كما قطع به جملة من تأخر عنه ، ومنهم سبطه السيد السند في شرح النافع ، فتكون الرواية صحيحة بحسب العمل بمقتضى هذا الاصطلاح ، هذا مع تأيدها بجملة من الأخبار الدالة على أن المكاتب اذا أوصى صحت وصيته بقدر ما أعتق منه خاصة ، ومقتضى كلامه المتقدم صحة وصيته مطلقاً ، لانقطاع سلطنة المولى عنه الى آخر ماذكره ، مع أن الأخبار قد قصرت الصحة على قدر ما أنعتق منه .

ومنها صحيحة محمد بن قيس(١) « عن أبي جعفر عليه‌السلام قال قضى امير المؤمنين عليه‌السلام في مكاتب قضى بعض ما كوتب عليه أن يجاز من وصيته بحساب ما أعتق عنه ، وقضى في مكاتب قضى نصف ما عليه فأوصى بوصية فأجاز نصف الوصية ، وقضى في مكاتب قضى ثلث ما عليه ، وأوصى بوصية فأجاز ثلث الوصية » .

وصحيحة أبان (٢) عمن حدثه « عن أبي عبدالله عليه‌السلام أنه قال : في مكاتب أوصى بوصية ، قد قضى الذي كوتب عليه الأشياء يسيراً فقال : تجوز بحساب ما أعتق منه » .

ورواية محمد بن قيس (٣) « عن أبي جعفر عليه‌السلام في حديث قال : قضى أمير المؤمنين عليه‌السلام في وصية مكاتب قد قضى بعض ما كوتب عليه أن تجاز من وصيته بحساب ما أعتق منه » . وبذلك يظهر لك مزيد ضعف القول المذكور .

تنبيهان :

الاول : قال في المختلف : المشهور أنه لاتصح الوصية لعبد الغير ولالمكاتبه المشروط وغير المؤدي ، وقال الشيخ في المبسوط وتبعه ابن البراج : اذا أوصى

(١) و (٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٢٣ ح ٨٧٦ و ٨٧٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٨ ح ١ و ص ٤٦٩ الباب ٨١ ح ٢ و ص ٤٦٨ الباب ٨١ ح ١ .
(٣) هذه الرواية تكرار منه (قدس سره) .

لعبد نفسه أو لعبد ورثته كان ذلك صحيحاً ، لأن الوصية للوارث عندنا تصح ، وكذا ان أوصى لمكاتبه أو لمكاتب ورثته كانت الوصية صحيحة ، ولو أوصى لعبد الأجنبي لم تصح الوصية ، لما ورد في الخبر في ذلك . وفي كلامه نظر ، فان الوصية للعبد ان كانت وصية لمولاه صحت ، وان كان العبد لأجنبي ، لأنه تصح الوصية له وان لم يكن لم يبق فرق بين الوارث والأجنبي ، وبالجملة فهذا التفصيل مشكل ، انتهى .

الثاني : قال في المختلف : قال الشيخ المفيد (رحمة الله عليه) اذا أوصى لعبد له كاتبه جاز مما أوصى له بحساب ما أعتق عنه ، ويرجع الباقي الى مال الورثة ، وكذا قال سلار ، وقال ابن البراج : يصح أن يوصي لمكاتبه ، وهو المشهور ، فان قصد المفيد برجوع الباقي الى الورثة من غير أن يسقط من مال الكتابة بقدره بل يكون لهم مجاناً ، لزم ابطال الوصية للمكاتب ، سواء كان الموصي المالك أو غيره ، وهو مخالف لظاهر فتوى الأصحاب ، وان قصد رجوعه اليهم واسقاط مايقابله من مال الكتابة ، فهو حسن ، على أن ابطال الوصية للمكاتب الغير المشروط لايخلو عندي من نظر ، انتهى .

أقول : مانقله عن الشيخ المفيد (قدس الله روحه) هو القول الأول الذي دلت عليه صحيحة محمد بن قيس المتقدمة ، وهي الاولى من رواياته ، ومانقله عن ابن البراج هو القول الثاني ، وظاهره أنه المشهور بينهم ؛ وقد عرفت اختيار صاحب المسالك له ، وعرفت مافيه .

وأما ماأورده على الشيخ المفيد من أن حكمه برجوع الباقي من الوصية على الورثة مجاناً يعني من غير احتساب ذلك من مال الكتابة الذي يستحقونه يلزم منه ابطال الوصية .

ففيه أنه يجب أولاً تحقيق البحث في المسئلة كما قدمنا ذكره من أنه هل الوصية للمكاتب مطلقاً صحيحة ، أم لا ؟ بل تكون مراعاة بأنه في المطلق ان لم

ينعتق منه شيء فهي غير صحيحة ، وان انعتق منه شيء فيصح بنسبة ماانعتق منه، وأنت قد عرفت أنه لادليل للقول بالصحة مطلقا ، إلا ماذكره في المسالك من ذلك التعليل الاعتباري العليل ، وأن القول الثاني هو مدلول الصحيحة المتقدمة كما عرفت المعتضدة بما ذكرناه من الأخبار الاخر ، وماذكره من لزوم ابطال الوصية لاضير فيه اذا اقتضته الأدلة الشرعية ، على أن الابطال بالكلّيه انما يتجه لو لم ينعتق منه شيء بالكلّية ، وإلا فانه يكون العتق بالنسبة .

وبالجملة فقول الشيخ المفيد هو الموافق للاخبار كما عرفت ، وما ذكره من أن كلام الشيخ المذكور مخالف لفتوى الأصحاب فلاضير فيه اذا اعتضدته الأدلة الشرعية ، خلا ماذكره الأصحاب كما عرفت في الباب .

الخامسة : اختلف الأصحاب (رحمهم الله) في صحة وصية الانسان لمملوكه فقال الشيخ المفيد في المقنعة والشيخ في النهاية : اذا أوصى الانسان لعبده بثلث ماله ينظر في قيمة العبد قيمة عادلة ، وان كانت قيمته أقل من الثلث أعتق وأعطى الباقي ، وان كانت مثله أعتق وليس له شيء ، ولاعليه شيء ، وان كانت القيمة أكثر من الثلث بقدر السدس أو الربع أو الثلث أعتق بمقدار ذلك ، واستسعى في الباقي لورثته ، وان كانت قيمته على الضعف من ثلثه ، كانت الوصية باطلة ، وتبعهما ابن البراج في كتابي الكامل والمهذب .

وقال الشيخ في الخلاف اذا أوصى لعبد نفسه صحت الوصية ، وقوّم العبد وأعتق اذا كان ثمنه أقل من الثلث ، وان كان ثمنه أكثر من الثلث استسعى العبد فيما يفضل للورثة ، وأطلق ، وكذا قال أبو الصلاح .

وقال سلار : ان كانت أقل من الثلث عتق وأعطى مافضل ، وان كانت أكثر بمقدار الربع والثلث من الثلث عتق بمقدار الثلث ، واستسعى في الباقي .

وقال الشيخ علي بن الحسين بن بابويه : اذا أوصى لمملوكه بثلث ماله ، قوّم المملوك قيمة عادلة ، فان كانت أكثر من الثلث استسعي في الفضل ثم أعتق وان كانت قيمته أقل من الثلث أعطي ما فضلت قيمته عليه ، ثم أعتق .

وقال ابن الجنيد : لو أوصى للمملوك بثلث ماله ، فقد روي (١) « عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : فان كانت الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة ، وان كان الثلث أكثر من قيمة العبد أعتق العبد ، ودفع اليه ما فضل من الثلث بعد القيمة » .

ويخرج الثلث من جميع التركة ، ولو كانت الوصية للمملوك بمال مسمى لم يكن لعتاقه يجوز اخراج ذلك من غير رقبته ، ولو كانت جزءً من التركة كعشر أو نحوه كان العبد بما يملكه من ذلك الجزء من رقبته متحرراً ، أو باقية كما قلنا ، واختار ابن ادريس مذهب الشيخ في الخلاف .

قال في المختلف بعد نقل هذه الأقوال : والمعتمد أن نقول ان كانت الوصية بجزء مشاع كثلث أو نصف أو ربع قوّم العبد وأعتق عن الوصية ، فان فضل من قيمته شيء استسعى في الفاضل للورثة ، سواء كان الفاضل ضعف قيمته أو أقل أو أزيد ، وان قضى عتق وأخذ الفاضل ، فان ساواه عتق ، ولا شيء له ولا عليه ، وان كانت الوصية بعين بطلت ولا شي له ، ولا يعتق منه شيء .

وقال المحقق في الشرايع : ويعتبر ما أوصى به المملوك بعد خروجه من الثلث ، فان كان بقدر قيمته أعتق ، وان كان قيمته أقل أعطى الفاضل ، وان كانت أكثر سعى للورثة فيما بقي ما لم يبلغ قيمته ضعف ما أوصى له به ، فان بلغت ذلك بطلت الوصية ، وقيل : تصح ويسعى في الباقي كيف كان وهو حسن ، انتهى .

أقول : والذى وقفت عليه من الأخبار المتعلّقة بهذه المسئلة مارواه الشيخ في التهذيب عن الحسن بن صالح الثورى (٢) « عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله ، قال : فقال : يقوم المملوك بقيمة عادلة ، ثم ينظر ما يبلغ ثلث الميت ، فان كان الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة ، وان كان الثلث أكثر من قيمة العبد أعتق العبد ودفع اليه

(١) و (٢) التهذيب ج ٩ ص ٢١٦ ح ٨٥١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٧ ح ٢ .

ماقضل من الثلث بعد القيمة » .

وما ذكره الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوى (١) حيث قال : « وان أوصى لمملوكه بثلث ماله قوّم المملوك قيمة عادلة ، فان كانت قيمته أكثر من الثلث استسعى في الفضلة ثم أعتق » وهذه عين عبارة الشيخ علي بن بابويه المتقدمة ، إلا أنه عليه السلام لم يذكر ما اذا كانت قيمته أقل ، ولعل هذه الزيادة كانت في نسخة الكتاب الذى عند الشيخ المزبور ، ويحتمل أنها من كلامه (رحمه الله) تتميماً لمعنى الكلام .

وكيف كان فينبغى أن يعلم أن الكلام هنا في مقامين : الأول ـ أن مقتضى الروايتين ـ وهو صريح العلامة في المختلف وابن الجنيد ، وظاهر الشيخين فيما تقدم نقله عنهما ، وكذا الشيخ علي بن بابويه ـ هو الفرق بين ما اذا كانت الوصية بجزء مشاع كثلث أو نصف أو ربع ، فان الحكم فيه ما ذكر من التفصيل ، وبينما اذا كانت الوصية بعين ، فانه تبطل الوصية من رأس ، لأن المملوك لايملك ، وعلى تقدير ملكه فانه لايجوز التخطى الى غير ما أوصى به ، لأنه يكون تبديلاً للوصية فالتخطى الى رقبته تبديل للوصية حينئذ ، فلا يجرى فيه الحكم المذكور في الخبرين .

وحكم الوصية بالمعيّن وان كان غير مذكور في كلام المشايخ الثلاثة المذكورين ، إلا أن تخصيصهم هذا التفصيل بالوصية بالمشاع ، ظاهر في أنه لايجرى في المعيّن ، وليس بعده إلا البطلان ، وظاهر كلام الأكثر كالشيخ في الخلاف وابن ادريس والمحقق فيما نقلناه عنه وغيرهم هو العموم ، ولهم في تعليل ذلك كلمات عليلة ، والظاهر هو القول الأول عملاً بالخبرين المذكورين .

وانما يبقى الكلام في صحة الوصية له بالمعيّن وعدمها ، وهو مبني على صحة تملك العبد وعدمه ، وإلا فالتخطى الى الرقبة على تقدير الصحة مشكل

(١) فقه الرضا (عليه السلام) ص ٤٠ .

لما عرفت ، ونحن انما صرنا الى التخطي الى الرقبة فيما اذا كانت الوصية بجزء مشترك ، للخبرين المتقدمين ، وبيان الوجه فيما دلا عليه ، ماذكره في المختلف وهو أن الجزء المشاع يتناول نفسه . أوبعضها ، لأنه من جملة الثلث الشايع ، والوصية لـه بنفسه صحيحة ، والفاضل قـد استحقه بالوصية ، لأنه يصير جزء ، فيملك بالوصية ، فيصير كأنه قال أعتقوا عبدى من ثلـثي ، وأعطوه مافضل منه ، انتهى ، وهذا كلّه مفقود في صورة التعيين .

الثاني ـ أن المفهوم من كلام الشيخين المتقـدم أنه في صورة ما اذا كانت قيمته أكثر من الثلث الموصى له بقـدر ضعف ما أوصى به ، كما لو كانت قيمته مائتين الموصى له به يبلغ مائة . فانه تبطل الوصية في هـذه الصورة ، وانما تصح فيما اذا كانت أقل من الضعف ولو يسيراً فيعتق منه بقـدر الوصية ان خرجت من الثلث ، وإلا فبقـدر الثلث ، ويستسعى للورثة في الباقـي كما لو أوصى له بمائة وخمسين ، وقيـمته مائتان ، فانه ينعتق منه بالوصية ثلاثة أرباعه ، ويسعى للورثة في ربع قيمته ، وهو خمسون .

وظاهر كلام المحقق وهو اختياره في المسالك أيضاً ، أنه لافرق بين الأمرين بأن يكون قيمته بقدر ضعف ما أوصى له به أو أقل ، فانه ينعتق بحساب ما أوصى له به مطلقا ، ما لم يزد عن الثلث ، فان زاد فبحساب الثلث ، وهذا هو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف ، وأبي الصلاح والشيخ علي بن بابويه وابن ادريس ، ونقـله الشهيد في نكت الارشاد عن المحقـق في النكت ، قال : واستدل عليه الشيخ باجماع الفرقة .

قال في المسالك ـ بعد ايراد رواية حسن بن صالح المتقدمة دليلاً للشيخين فيما ذهب اليه ـ : ووجه دلالـة الرواية من جهـة مفهوم الشرط في قوله فيها « فان كان الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة » فان مفهومه أنه لو لم يكن أقل بقـدر الربع لا يستسعى ، وانما يتحقـق عـدم

الاستسعاء مع البطلان ، ولا يخفى عليك ضعف هذا التنزيل ، فان مفهومهما أن الثلث ان لم يكن أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة لايستسعى في ربع القيمة ، لا أنه لايستسعى مطلقا ، وهذا مفهوم صحيح لايفيد مطلوبهم ، فلاينافي القول بأنه يستسعى بحسابه ، فان كان أقل بقدر الثلث يستسعى في الثلث أو بقدر النصف ، فيستسعى في النصف ، وهكذا وأيضاً فلو كان المفهوم الذى زعموه صحيحاً لزم منه أنه متى لم يكن الثلث أقل من قيمته بقدر الربع لايستسعى بل تبطل الوصية ، وهذا شامل لما لو كانت القيمة قدر الضعف وأقل من ذلك الىأن يبلغ النقصان قدرالربع فمن أين خصصوا البطلان بمالو كانت قيمته قدر الضعف ؟ ما هذا إلا عجيب عجاب من مثل هذين الشيخين الجليلين ، انتهى وهو جيد وجيه .

السادسة : اذا كان على الانسان دين وأوصى بعتق مملوكه ، وليس له سواه أو أعتقه منجزاً فقد اختلف كلام الأصحاب (رضى الله عنهم) في ذلك فقال الشيخ المفيد (قدس سره) في كتاب المقنعة اذا كان على الانسان دين ، ولم يخلف إلا عبداً أوعبيداً فأعتقهم عندالموت ، نظرفي قيمة العبد أوالعبيد وماعليه من الدين فان كان أكثر من قيمة العبد بطل العتق ، وبيع العبيد وتحاص الغرماء بثمنهم ، وكذا ان أستوت القيمة والدين ، فان كانت قيمة العبد أكثر من الدين السدس أو الثلث ونحو ذلك بيع العبد ، وبطل العتق ، وان كان قيمة العبد ضعف الدين ، كان للغرماء النصف منهم ، وللورثة الثلث ، وعتق منهم السدس ، لأن لصاحبهم الثلث من تركته يضع به مايشاء ، فوصيته نافذة في ثلث مماليكه ، وهوالسدس ، بهذا جاء الأثر من آل محمد ﷺ .

وقال الشيخ في النهاية : اذا أوصى لانسان بعتق مملوك له ، وكانعليه دين فان كان قيمة العبد ضعف الدين استسعىالعبد في خمسة أسداس قيمته ، ثلاثة أسهم للديان ، وسهمان للورثة ، وسهم له ، وان كانت قيمته أقل من ذلك بطلت الوصية وبذلك قال ابن البراج .

وقال ابن ادريس : الذي يقتضيه المذهب أنه لاوصية قبل قضاء الدين ، بل الدين مقدم على الوصية ، والتدبير عندنا وصية ، فلا تمضى الوصية إلا بعد قضاء الدين ، فان عمل عامل بهذه الرواية يلزمه أن يستسعى العبد ، سواء كانت قيمته ضعفي الدين أو أقل من ذلك ، لأنه متى كانت قيمته أكثر من الدين بأي شيء كان فان الميت الموصى قد استحق في الذي فضل عن الدين ثلثه ، فتمضى وصيته في ذلك الثلث ، ويعتق العبد ، ويستسعى في دين الغرماء وما فضل عن ثلثه الباقي للورثة ، ولي في ذلك نظر ، فان أعتقه في الحال ، وبت عتقه قبل موته ، مضى العتق وليس لأحد من الديان ، ولا الورثة عليه سبيل ، لأنه ليس بتدبير ، وانما هو عطية منجزة في الحال ، وعطاياه المنجزة صحيحة ، على الصحيح من المذهب ، لاتحسب من الثلث بل من الأصل .

وقال العلامة في المختلف : والمعتمد أن تقول ان أحاط الدين بقيمة العبد بطل العتق ، سواء كان قد نجزه من مرض موته أو أوصى به ، وان قصر الدين عن قيمته عتق ثلث الفاضل ، واستسعى في الباقي .

وقال المحقق في الشرايع : ولو أوصى بعتق مملوكه وعليه دين ، فان كانت قيمة العبد بقدر الدين مرتين أعتق المملوك ، وسعى في خمسة أسداس قيمته ، وان كانت قيمته أقل بطلت الوصية بعتقه ، والوجه أن الدين يقدم على الوصية فيبدأ به ، ويعتق منه الثلث فيما فضل عن الدين ، أما لو نجز عتقه عند موته كان الأمر كما ذكر أولاً ، عملاً برواية عبدالرحمن عن أبي عبدالله عليه السلام .

أقول : والواجب أولاً نقل ماوصل الي من الأخبار في المسئلة المذكورة ، ثم الكلام فيها بما وفق الله سبحانه لفهمه منها ، فمن ذلك مارواه في الكافي والتهذيب عن عبدالرحمن بن الحجاج (١) في الصحيح « قال . سألني أبو عبدالله عليه السلام

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٦ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢١٧ ح ٨٥٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٣ ح ٥ .

هل يختلف ابن أبي ليلى وابن شبرمة ؟ فقلت : بلغني أنه مات مولى لعيسى بن موسى وترك عليه ديناً كثيراً وترك مماليك يحيط دينه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت فسألهما عيسى بن موسى عن ذلك ، فقال ابن شبرمة : أرى أن يستسعيهم في قيمتهم ، فتدفعها الى الغرماء ، فانه قد أعتقهم عند موته ، وقال ابن أبي ليلى : أرى أن أبيعهم وأدفع أثمانهم الى الغرماء ، فانه ليس له أن يعتقهم عند موته ، وعليه دين يحيط بهم ، وهذا أهل الحجاز اليوم يعتق الرجل عبده وعليه دين كثير ، فلا يجيزون عتقه اذا كان عليه دين كثير ، فرفع ابن شبرمة يده الى السماء فقال : سبحان الله يا ابن أبي ليلى متى قلت هذا القول ؟ والله ماقلته إلا طلب خلافي ، فقال أبو عبدالله عليه السلام : فعن رأي أيهما صدر الرجل ؟ قال : قلت : بلغني أنه أخذ برأي ابن أبي ليلى ، وكان له هوى في ذلك ، فباعهم وقضى دينه ، قال : فمع أيهما من قبلكم ، قلت له : مع ابن شبرمة ، وقد رجع ابن أبي ليلى الى رأي ابن شبرمة بعد ذلك ، أما والله ان الحق لفي الذي قال ابن أبي ليلى ، وان كان قد رجع عنه ، قلت : هذا ينكسر عندهم في القياس فقال : هات قايسني فقلت : أنا أقايسك ؟ فقال : لتقولن بأشد مايدخل فيه من القياس ، فقلت له : رجل ترك عبداً لم يترك مالاً غيره ، وقيمة العبد ستمائة درهم ، ودينه خمسمائة درهم فأعتقه عند الموت ، كيف يصنع ؟ قال : يباع العبد ويأخذ الغرماء خمسمائة درهم ، ويأخذ الورثة مائة درهم ، فقلت : أليس قد بقي من قيمة العبد مائة درهم عن دينه ؟ فقال : بلى ، فقلت : أليس للرجل ثلثه يصنع به ماشاء ، قال : بلى ، قلت : أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المائة حين أعتقه ، فقال : ان العبد لاوصية له ، انما ماله لمواليه ، فقلت له : فاذا كان قيمة العبد ستمائة درهم ، ودينه أربعمائة ، قال : كذلك يباع العبد ، فيأخذ الغرماء أربعمائة درهم ، ويأخذ الورثة مائتين ، فلا يكون للعبد شيء ، قلت له : فان قيمة العبد ستمائة درهم ودينه ثلاثمائة درهم فضحك وقال : من هيهنا أتى أصحابك فجعلوا الأشياء شيئاً واحداً ،

ولم يعملوا السنة ، اذا استوى مال الغرماء ومال الورثة أوكان مال الورثة أكثر من مال الغرماء لـم يتهم الرجل على الوصية ، وأجيزت وصيته على وجهها ، فالآن يوقف هـذا ، فيكـون نصفه للغرماء ويكـون ثلثة للورثـة ، ويكون لـه السدس » .

ومارواه في الكافي عن زرارة (١) في الحسن أو الصحيح عـن أحدهما عليهما السلام في رجل أعتق مملوكه عند موته ، وعليه دين ، قال : ان كان قيمته مثل الدين الذي عليه ومثله ، جاز عتقه ، وإلا لم يجز » .

ورواه الشيخ في التهذيب في الصحيح أو الحسن عن زرارة الحديث مقطوعاً ، ورواه في الفقيه عن ابن أبي عمير عن جميل عن أبي عبدالله عليه السلام مثله .

وما رواه فـي التهذيب عن حفص بـن البختري (٢) في الصحيح « عن أبـي عبدالله عليه السلام قال : اذا ملك المملوك سدسه استسعى وأجيز » .

قال في الوافي : لعل الحكم مختص بما اذا كان العتق عند الموت أو بعده وكان على مولاه ديـن كما يظهر من سائـر أخبار الباب وإلا يلـزم تقييد أخبار السراية الماضية كلها بذلك ، وهو مشكل ، انتهى .

وما رواه في التهذيب عن زرارة (٣) في الصحيح « عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا ترك الدين عليه ومثله أعتق المملوك واستسعى » .

وما رواه في الكافي عـن الحسن بـن الجهم (٤) في الموثـق « قال : سمعت أباالحسن عليه السلام يقول : فـي رجل أعتق مملوكاً له وقـد حضره الموت ، وأشهد له بذلك وقيمته ستمائة درهم ، وعليه دين ثلاثمائة درهم ولم يترك شيئاً غيره ، قال:

(١) الكافـي ج ٧ ص ٢٧ ح ٢ ، التهـذيب ج ٩ ص ٢١٨ ح ٨٥٦ ، الفقيـه ج ٤ ص ١٦٦ ح ٥٨٠ .

(٢) و (٣) التهـذيب ج ٩ ص ١٦٩ ح ٦٨٩ و ٦٨٨ .

(٤) الكافـي ج ٧ ص ٢٧ ح ٣ ، التهـذيب ج ٩ ص ٢١٨ ح ٨٥٥ .

وهـذه الروايات فـي الوسـائل ج ١٣ ص ٤٢٥ ح ٦ و ص ٤٢٢ ح ١ و ح ٢ و ص ٤٢٣ ح ٤ .

يعتق منه سدسه ، لأنه انما له منه ثلاثمائة درهم ، ويقضى منه ثلاثمائة درهم فله من الثلاثمائة درهم ثلثها وله السدس من الجميع » ورواه الشيخ في التهذيب مثله ، « الا أن الذي فيه « لأنه إنما له منه ثلاثمائة وله السدس من الجميع » وما بينهما لم يذكره .

وما رواه في الفقيه والتهذيب عن الحلبي (١) في الصحيح « عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : في الرجل يقول : ان مت فعبدي حر وعلى الرجل دين قال: ان توفي وعليه دين قد احاط بثمن العبد بيع العبد ، وان لم يكن أحاط بثمن العبد استسعى العبد في قضاء دين مولاه ، وهو حرّ اذا وفاه » .

والشيخ في التهذيبين قيده بما اذا كان الدين أنقص من ثمن العبد بمقدار النصف جمعاً بينه وبين الأخبار المذكورة قبله .

أقول : وتحقيق الكلام في المقام هنا يقع في موضعين : **الاول** : لايخفى أنه من القواعد المقررة بينهم كما تقدم ذكره أن الوصية المتبرع بها إنما تنفذ من ثلث المال ، وأن الدين يقدم أولاً ، ثم تعتبر الوصية من ثلث ما بقي بعد الدين، وأن المنجزات المتبرع بها في مرض الموت بحكم الوصية في خروجها من الثلث عند الأكثر ، ولاريب أن العتق من جملة التبرعات .

وعلى هذا فاذا أوصى بعتق مملوكه تبرعاً أو أعتقه منجزاً بناء على أن المنجزات من الثلث ، وكان عليه دين ، فان كان الدين يحيط بالتركة بطل العتق والوصية به ، وهو مما لاخلاف فيه ، ولا اشكال نصاً وفتوى ، وان فضل من التركة فضل بعد الدين وان قل ، فمقتضى القواعد المذكورة صرف ثلث الفاضل في الوصايا فيعتق من العبد بحساب ما يبقى من الثلث ، ويسعى في باقي قيمته سواء كانت قيمته بقدر الدين مرتين أو أقل ، لأن العتق تبرع محض ، فيخرج من الثلث والمعتبر منه ثلث مايبقى من المال بعد الدين على تقديره ، كغيره من التبرعات .

---

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢١٨ ح ٨٥٧ ، الفقيه ج ٣ ص ٧٠ ح ٢٢ ؛ الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٣ ح ٣ .

وبهذا قال جماعة من الأصحاب، بل أكثر المتأخرين كما ذكره في المسالك، ومنهم العلامة في المختلف وابن ادريس على ماذكره من التردد، والمحقق بالنسبة الى الوصية والقول الثاني ـ وهو أنه انما يصح العتق اذا كانت قيمته ضعفي الدين، وسعى في خمسة أسداس قيمته، ثلاثة للديان وسهمان للورثة ـ للشيخ المفيد والشيخ في النهاية والقاضي استناداً الى ماقدمناه من الروايات الصحيحة الصريحة في ذلك، والأصحاب لم يوردوا منها إلا صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج، فمنهم من وقف عليها، وخص الحكم بتنجيز العتق، كما هو مورد الرواية دون الوصية، وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده.

ومنهم من رده، واطرحها لمخالفتها للرواية الدالة على تلك القواعد، قال: في المسالك بعد ذكر صحيحة عبدالرحمن: وروي عن زرارة في الحسن مثله، إلا أن الرواية به مقطوعة، فلذا لم يذكرها المصنف هنا، واقتصر على رواية عبدالرحمن لصحتها.

أقول: عذره في ذلك واضح، وهو أنه اقتصر على مراجعة التهذيب وهي في بعض مواضعه كما ذكره حسبما قدمنا ذكره، وإلا فهي في الكافي بسنده الى الامام عليه السلام ونحوها الروايات الاخر، وهي صريحة صحيحة، ولكنهم لم يقفوا عليها، وبذلك يظهر لك أن الأظهر هو الوقوف عليها، والعمل بمقتضاها، وبها تخصص أخبار تلك القواعد ان ثبتت.

نعم احتج القائلون بالقول الاول بصحيحة الحلبي المتقدمة، ولهذا ان الشيخ تأولها بما قدمنا نقله عنه، جمعاً بين الأخبار وهو جيد.

أقول: ويمكن أن يقال: ولعلّه الأقرب العاري عن وصمة القيل والقال أن ماذكروه من الاشكال والمخالفة في هذه الروايات لمقتضى القواعد المقررة مبني على أن المنجزات في حكم الوصية مخرجها الثلث، وإلا فلو قلنا بأن مخرجها الأصل كما هو ظاهر كلام ابن ادريس المتقدم، وهو الحق الظاهر من الأخبار

كما سيأتي تحقيقه ان شاء الله تعالى في المسئلة عند ذكرها ، فلا اشكال بحمد الملك المتعال ، وعلى تقديره فالظاهر أنه لايفيد بكون القيمة ضعف الدين أو غيره وبالجملة فانه يندفع بذلك ماذكروه من الاشكال الذى أوردوه على هذه الروايات، وان بقي فيها اشكال من وجه آخر على هذا القول .

وكيف كان فالعمل على مادلّت عليه والوقوف على مواردها حسب ، هذا بالنسبة الى المنجزات .

وأمّا الوصية فلم يتعرضوا عليهم السلام لها في شيء من النصوص المذكورة ، كما سيظهر لك ان شاء الله تعالى ومما حققناه يظهر لك صحة ما أشرنا اليه في غير موضع مما تقدم أن الأظهر هو الوقوف في الأحكام على موارد الأخبار ، ولا يلتفت الى مايدعونه من القواعد في مقابلتها ، فان هذه القواعد غير معلومة ، وان دلّت الأخبار على بعض أفرادها ومع ثبوت كونها قواعد فالتخصيص فيها ممكن ، لامنافاة فيه

الثاني : أن مورد الروايات المتقدمة هو العتق المنجز ، وهو الذي صرح به الشيخ المفيد ومن تبعه ، والشيخ في النهاية ومن تبعه عدوا الحكم الى الوصية بالعتق .

قال في المسالك : ولعله نظر الى تساويهما في الحكم وأولويته في غير المنصوص ، لان بطلان العتق المنجز على تقدير قصور القيمة عن ضعف الدين مع قوة المنجز لكونه تصرفاً من المالك في ماله ، والخلاف في نفوذه من الأصل يقتضى بطلانه في الأضعف ، وهو الوصية بطريق أولى انتهى ، ولايخفى مافيه .

وأورد أيضاً على الشيخ القائل بتعديها : بصحيحة عبدالرحمن الى الوصية ، معارضتها فيها بصحيحة الحلبى المتقدمة ، فانها تدل باطلاقها على انعتاقه متى زادت قيمته عن الدين ، وهو الموافق لما تقرر من القواعد ، فلاوجه لعمل الشيخ بتلك الرواية مع عدم ورودها في مدعاه ، واطراح هذه الرواية ومن الجائز اختلاف حكم المنجز والموصى به في مثل ذلك كما اختلفا في كثير من الأحكام

على تقدير تسليم حكمها في المنجز ، انتهى .

أقول : لايخفى ان تلك الرواية وان كانت غير ظاهرة في مدعى الشيخ كما ذكره إلا أن صحيحة الحلبي المذكورة أيضاً لاتخلو من الطعن في متنها بما لايقولون به ، فانها دلّت على أنه يستسعى العبد في دين مولاه ، وأنه يكون حراً اذا وفاه ، ولم يتعرض في الرواية لحق الورثة ، مع أن لهم في قيمته مع زيادتها عن الدين حقا ، والروايات المتقدمة متفقة على أنه يستسعى في الدين ، وفي حق الورثة .

وبذلك يظهر أنّ أن ماتدل عليه الرواية لايقولون به ، وما يقولون به لاتدل عليه ، ولو قيل : بأن الرواية وان لم تدل عليه لكنه يضم اليها بدليل من خارج ، وتخصيص الامر بوفاء الدين لا تنافيه .

قلنا ، هذا انما يتم لو كانت الرواية مطلقة ، وأما مع النص فيها بأنه باداء الدين يكون حراً ، فهذا التقييد مناف لما دلّت عليه ، ومنه يعلم أن هذه الرواية على ماهي عليه لاتصلح المعارضة الخبر المذكور ، فكيف مع انضمام تلك الأخبار الصحاح الصراح اليه ، كما عرفت ، فالأظهر حملها على ماقدمنا ذكره عن الشيخ (رحمة الله عليه) .

وقد تلخص مما ذكرناه أن الأقوال في العتق المنجز ثلاثة : الأول ـ مذهب الشيخ المفيد ومن تبعه ، وهو توقف العتق على بلوغ قيمة العبد ضعف الدين وإلا فهو باطل ، وهذا مدلول الأخبار المتقدمة .

الثاني ـ قول العلامة والمحقق ومن تبعهما ، وهو أنه ينعتق من ثلث الباقي كائناً ماكان ، ولا يتقيد بضعف الدين ، وفي هذا القول تقديم حق الديان من ثلث الباقي ، ويستسعى فيما يخص الديان ، والوارث بالنسبة ، مثلاً لو كانت قيمته ثلاثمائة درهم ، وعلى المولى من الدين مائتا درهم ، فانه يكون للديان منه مائتان ، تبقى مائة له ثلثها ، وهي ثلاثة وثلاثون وثلث ، وثلثاها للورثة ، وهذه الثلاثة

والثلاثون وثلث تسع الثلاثمائة ، فعلى هذا ينعتق منه التسع ، ويسعى في ستة أتساع للديان ، وفي تسعين للورثة ، وحجة هذا القول كما عرفت صحيحة الحلبي، وقد عرفت ضعفها عن المعارضة متناً وعددا .

الثالث ـ قول ابن ادريس وهو تنفيذ العتق من الأصل وسقوط الدين، وهذا القول وان كان جيداً بالنظر الى الأخبار الدالّة على أن منجزات المريض من الأصل كما سنتلوها عليك انشاءالله تعالى بعد ذكر المسئلة ، أعني مسألة العتق منجزاً مع الدين ، يجب الوقوف فيها على هذه الروايات ، لأنها أخص من تلك ، والقاعدة تقتضي تقديم الخاص والعمل به ، والله العالم .

السابعة : لاخلاف بين الأصحاب (رضي‌الله عنهم) في صحة الوصية لأم الولد، ولاخلاف أيضاً في انعتاقها على ولدها من حصته بعد موت سيدها ، ولم يوص لها بشي ، وانما الخلاف فيما اذا أوصى لها بشي فهل ينعتق مما أوصى لها به أو من نصيب الولد أو من غيرهما ؟ أقوال أربعة .

أحدها ـ ماذهب اليه الشيخ في النهاية من أنها تعتق من نصيب ولدها على تقدير وفاء نصيب ولدها بقيمتها ، ويعطى ماأوصى لها به ، وهو مذهب المحقق في نكت النهاية ونقل عن العلامة في المختلف ، وعلّل ذلك أن التركة تنتقل من حين الموت الى الوارث ، لعدم صلاحية الميت للتملك ، وعدم انتقالها للديان ، والموصى لهم اجماعاً ، وعدم بقائها بغير مالك ، فتعين الوارث ، وحينئذ فيستقر ملك ولدها على جزء من أمّه ، لأنها من التركة ، فتعتق عليه ، وتستحق الوصية .

وثانيها ـ أنها تعتق من الوصية ، فان فضل منها شيء عتق من نصيب ولدها، وهو مذهب ابن ادريس ، والمحقق في باب الاستيلاد من الشرايع ، وفي هذا الباب تردد بين القولين المذكورين ، ووجه القول بكونها تعتق من الوصية ، لامن نصيب ابنها استناداً الى أن الارث مؤخر عن الدين ، والوصية بمقتضى الآية (١)

(١) سورة النساء ـ الاية ١١ .

« من بعد وصية يوصى بها أودين » فلا يحكم لابنها بشيء حتى أنه يحكم لها بالوصية ، فان وقت الوصية بقيمتها اعتقت كملا ، وان قصرت أكملت من نصيب ولدها ، وأورد عليه بأن المراد بالآيات استقرار الملك بعد المذكورات ، بمعنى أنه لايملك الوارث ملكاً مستقراً إلا بعد الوصية بالدين ، وإلا فاللازم من ذلك بقاء التركة من غير مالك ، لما عرفت من أن الميت غير صالح للملك ، والديان والموصى اليه لايملك ، فلم يبق إلا الوارث ، أو صيرورة التركة بغير مالك ، والثاني ممتنع ، فتعين الأول .

وثالثها ـ أنها تنعتق من ثلث الميت ، وتأخذ الوصية ، وهو مذهب الشيخ أبي جعفر محمد بن علي بن بابويه نقله شيخنا الشهيد في شرح الارشاد ، واستدل له بصحيحة أبي عبيدة الآتية عن أبي عبدالله عليه السلام .

ورابعها ـ أنها تعتق من الوصية أو نصيب الولد ، وتعطى بقية الوصية ، وهو مذهب ابن الجنيد .

والذي وقفت عليه من الأخبار في المقام مارواه المشايخ الثلاثة (رحمهم الله) في الصحيح عن أبي عبيدة (١) « قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل كانت له أم ولدوله منها غلام فلّما حضرته الوفاة أوصى لها بألفي درهم أو بأكثر للورثة أن يسترقوها ، قال : فقال : لا ، بل تعتق من ثلث الميت ، وتعطى ما أوصى لها به » وزاد في الكافي والتهذيب وفي كتاب العباس « يعتق من نصيب ابنها ، وتعطى من ثلثه ما أوصى لها به » .

وشيخنا الشهيد في شرح الارشاد روى عن الشيخ (رحمة الله عليه) في التهذيب عن أحمد بن محمد عن علي بن محبوب عن جميل بن صالح عن أبي عبيدة (٢) « عن أبي الحسن عليه السلام في رجل أوصى لام ولده بألفي درهم فقال : يعتق

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٩ ح ٤ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٤ ح ٨٨٠ عن جميل بن صالح الفقيه ج ٤ ص ١٦٠ ح ٥٥٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٠ ح ٤

(٢) لم نعثر عليه في التهذيب بهذا السند

من ثلث الميت ويعطى ماأوصى لهابه » ، وفي كتاب العباس الى آخر ماتقدم ، ولم أقف على هذه الرواية في الوافي ، ولا في الوسائل فيحتاج الى مراجعة التهذيب وظاهره أن هذا خبر آخر غير خبر أبي عبيدة المروى عن أبي عبدالله عليه‌السلام ، فانه جعل هذا الخبر المروى عن أبي الحسن عليه‌السلام دليلاً للقول الأول ، والخبر المروى عن أبي عبدالله عليه‌السلام دليلاً للقول الثالث ، والظاهر تغاير الخبرين ، فان المروي عنه في أحدهما غير الأولى والمتن مختلف أيضاً . فيكونان خبرين ، فينبغي الملاحظة ، لأني لم أقف على من نقله غيره ، ومدلولهما أنها تعتق من الثلث ، وتعطى ما أوصى لها به .

ونحوهما أيضاً مارواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن احمد بن محمد بن أبي نصر (١) « قال : نسخت من كتاب بخط أبي الحسن عليه‌السلام فلان مولاك توفي ابن أخ له ، وترك أم ولده ، ليس لها ولد ، فأوصى لها بألف هل تجوز الوصية ؟ وهل يقع عليها عتق وما حالها ؟ رأيك فدتك نفسي في ذلك ، فكتب عليه‌السلام يعتق من الثلث ، ولها الوصية » واستدل في المختلف لابن بابويه أيضاً زيادة على صحيحة أبي عبيدة الأولى ووجه الاشكال فيها هو أن العتق من الثلث هنا ، لايظهر له وجه ، ولهذا ان العلامة حمل الخبرين على ما اذا أوصى بعتقها ، وحملها آخر على ما لو كان نصيب ولدها بقدر الثلث ، ولا يخفى مافيه .

وبالجملة فهذان الخبران ظاهران فيما ذهب اليه الصدوق ، وأن الاشكال فيها بما عرفت ظاهر .

نعم مانقل من كتاب العباس من رواية الخبر بهذه الكيفية ظاهر في الدلالة على القول الأول ، وظاهر شيخنا الشهيد في شرح الارشاد الميل الى مذهب الشيخ في النهاية ، قال : والأقرب اختيار الشيخ ، لبناء العتق على التغليب والسراية ، ولهذا لو لم يكن ثمة وصية ولا مال للميت سواها عتق منها بنصيب ولدها ، وسعت

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٩ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٤ ح ٨٧٧ ، الفقيه ج ٤ ص ١٦٠ ح ٥٦٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٩ ح ١ .

في الباقي لبقية الورثة .

وشيخنا في المسالك طعن في رواية كتاب العباس بأنها بمجرد وجودها في الكتاب المذكور لايتم الاستدلال ، ولوصح السند ، ثم قال : ورواية أبي عبيدة مشكلة ، على ظاهرها ، لأنها اذا أعطيت الوصية لا وجه لعتقها من ثلثه ، لأنها حينئذ تعتق من نصيب ولدها كما ذكر في الحملين المتقدمين ، وقال : كلاهما بعيد، إلا ان الحكم فيها باعطائها الوصية كاف في المطلوب اذ عتقها من نصيب ولدها يستفاد من دليل خارج صحيح ، ويبقى مانقل عن كتاب أبي العباس شاهداً على المدعى ، ولعل هذا أجود ، انتهى .

والمسئلة لاتخلو من شوب الاشكال لما عرفت ، وان كان مااستجوده شيخنا المذكور لاتخلو من قرب ، وملخصه أن أقصى مايمكن العمل به من هذه الأخبار هو اعطاها ماأوصى لها به ، فتعطى في ذلك ، وأمّا عتقها فيرجع فيه الى الأخبار الأخر الدالّة على انعتاق أم الولد على ولدها من نصيبه بعد موت المولى ، وكل من الأمرين المذكورين حق مطابق للقواعد الشرعية .

واما اعتبار الثلث فلا يظهر له هنا وجه وجيه يترتب عليه العتق وهو ظاهر ، والله العالم .

الثامنة : قد صرح الأصحاب بأن اطلاق الوصية يقتضى التسوية ، فاذا أوصى لأولاده أو لاخوانه وأخواته وأخواله وخالاته وأعمامه وعماته ، فان الجميع أسوة في الوصية ، ولاخلاف في ذلك إلا في صورة الوصية لأعمامه وأخواله .

وعلّل الأول بأن نسبة الوصية اليهم على السواء ، وليس في كلام الموصي مايدل على التفضل ، وحينئذ فلا فرق بين الذكر منهم والأنثى ، ولا الصغير ولا الكبير ، ولا الأعمام ولا الأخوال ، لما ذكرنا واختلافهم في استحقاق الارث أمر خارج ، بدليل من خارج ، فلا يقاس عليه ، مايقتضى التسوية بمجرده ، إلا أن الخلاف هنا وقع فيما لوأوصى لأعمامه وأخواله ، فان الشيخ وجماعة ذهبوا الى

أن للأعمام الثلثين ، وللأخوال الثلث ، استناداً الى ماروواه المشايخ الثلاثة بأسانيدهم وفيها الصحيح والحسن والموثق عن زرارة (١) « عن أبي جعفر عليه السلام في رجل أوصى بثلث ماله في أعمامه وأخواله ، فقال : لأعمامه الثلثان ، ولأخواله الثلث » .

والى هذه الرواية أشار في الشرايع بأنها مهجورة ، قال : ولو أوصى الى أعمامه وأخواله كانوا سواء على الأصح ، وفيه رواية مهجورة ، وحملت على ما لو أوصى على كتاب الله ، وعلى ذلك حملها غيره ايضاً ، ولا يخفى مافيه من البعد .

ويؤيد الخبر المذكور أيضاً ماروواه المشايخ الثلاثة (قدس الله أرواحهم) عن سهل (٢) عن أبي محمد عليه السلام في حديث « قال : وكتبت اليه : رجل له ولد ذكور وأناث فأقر لهم بضيعة أنها لولده ، ولم يذكر أنها بينهم على سهام الله عزوجل وفرائضه ، الذكر والأنثى فيه سواء ؟ فوقع عليه ينفذون فيها وصية أبيهم على ماسمي ، فان لم يكن سمي شيئاً ردوها الى كتاب الله عزوجل ان شاء الله تعالى » والظاهر أنه إلى هذه الرواية أشار في المسالك بقوله ، وفي رواية أخرى ضعيفة ، يقتضي قسمة الوصية بين الأولاد الذكور والأناث على كتاب الله ، وهي مع ضعفها لم يعمل بها أحد .

أقول : أشار بالضعف فيها الى كون الراوي لها سهل بن زياد ، وهو ضعيف .

وفيه أولاً أن ضعفها بهذا الاصطلاح المحدث لا يقتضي ضعفها عند المتقدمين الذين لا أثر عندهم لهذا الأصطلاح ، فلاضير فيه ، وان أراد عدم العمل به من المتقدمين ، فان مقتضى ماحرر الصدوق في صدر كتابه كونه عاملاً بها ، حيث نقلها ولم يتعرض للطعن فيها ولا ردها ، وقد اشتهر بينهم نسبة المذاهب اليه في الفقيه بذلك ، وثالثاً أنه لا يخفى على المنصف أن الأحكام الشرعية توقيفية ، لا مسرح للعقول فيها على السماع والورود من صاحب الشرع ، ورد الأخبار بعد ورودها

---

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ٤٥ ح ٣ و ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢١٤ ح ٨٤٥ و ٨٤٦ الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٤ الباب ٦٢ و ص ٤٥٥ ح ٢ .

من غير معارض لها من الأخبار بل بمجرد هذه الاعتبارات العقلية والتعليلات التخريجية لا يخلو من الجرأة على صاحب الشريعة .

نعم لو كان هنا نص يدل الى ماادعوه من أن الاطلاق يقتضي التسوية لتم ماذكروه ، ووجب التأويل فيما عارضه ، ولكن ليس الأمر كذلك .

وبالجملة ، فانه يجب العمل بما دلّت عليه النصوص المذكورة ، وفيما خرج عن موضع النصوص اشكال ، والأقرب أنه كذلك أيضاً ، لأن الظاهر أن ذكر الأعمام والأخوال في الصحيحة المتقدمة انما خرج مخرج التمثيل ،ويؤيده أن ظاهر الثانية كون ذلك قاعدة كلّية ، وهو أنه ان سمي وعين التسوية أو التفصيل اتبع ، وان أطلق رد الى كتاب الله عزوجل ، ولكن الألف بالمشهورات ولاسيما اذا زخرفت بالاجماعات ربما أوجب طرح الروايات كما في هذا الموضع وغيره ، والله العالم .

التاسعة : لو أوصى لذوي قرابته أو لأهل بيته أو عشيرته أو قومه أو جيرانه، فانه يجب الرجوع فيه الى معاني هذه الألفاظ ، وماينصرف اليه اطلاقها .

فنقول أمّا لفظة القرابة فقد اختلف كلام أصحابنا ، بل الواحد منهم في تحقيق معناه المراد منه لعدم النص الوارد منه في ذلك ، والأكثر منهم على الرجوع فيه الى العرف .

قالوا : لأنه المحكم في مثل ذلك حيث لا نص ، ومرجعه الى المعروفين بنسبته عادة ، سواء في ذلك الوارث وغيره ، وقيل : لمن يتقرب اليه الى آخر أب أو أم له في الاسلام .

فقال الشيخ في النهاية اذا أوصى لقرابته كان ذلك في جميع ذوى نسبته الراجعين الى آخر أب أو أم في الاسلام بالتسوية ، وكذا قال الشيخ المفيد ، إلا أنه قال : ولا يرجع على من يتعلّق بمن نأى عنهم في الجاهلية .

وقال في الخلاف اذا أوصى بثلثه لقرابته فمن أصحابنا من قال : يدخل فيه

كل من تقرب اليه الى آخر أب وأم في الاسلام ، واختلف الناس في القرابة . فقال الشافعي : اذا أوصى بثلثه لقرابته ولأقربائه ولذى رحمه ، فالحكم واحد ، فانه ينصرف الى المعروفين من أقاربه في العرف ، فيدخل فيه كل من يعرف في العادة أنه من قرابته ، سواء كان وارثاً أو غير وارث ، قال : وهذا قريب يقوى في نفسي ، وليس لأصحابنا فيها نص عن الائمة عليهم السلام .

وقال في المبسوط : قال قوم : ان هذه الوصية للمعروفين من أقاربه في العرف فيدخل فيه كل من يعرف في العادة أنه من قرابته ، سواء كان وارثاً أو غير وارث وهو الذى يقوى في نفسي ، وقال قوم : انه يدخل فيه كل ذى رحم محرم ، وأمّا من ليس بمحرم له فانه لايدخل فيه ، وان كان له رحم مثل بني الأعمام أو غيرهم ، وقال قوم : انها للوارث من الأقارب ، وأمّا من ليس بوارث فانه لايدخل فيه ، والأول أقوى ، لأن العرف يشهد به ، وينبغي أن يصرف في جميعهم ، وفي أصحابنا من قال : انه يصرف ذلك الى آخر أب وأم له في الاسلام ، ولم أجد به نصاً ولا عليه دليلاً مستخرجاً ولا به شاهداً .

وقال ابن الجنيد : ومن جعل وصية لقرابته وذوى رحمه غير مسمين كان لمن تقرب اليه من جهة ولده أو والديه ، ولا اختار أن يتجاوز بالتفرقة ولد الأب الرابع ، لأن رسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلّم) لم يتجاوز ذلك في تفرقة سهم ذوى القربى من الخمس .

وابن ادريس في هذه المسئلة اختار ماذهب اليه الشيخ في الخلاف والمبسوط وكذا ابن البراج ، وهو المشهور في كلام المتأخرين .

قال في المختلف : والمعتمد قول الشيخ في المبسوط والخلاف ، حملا للفظ على المعنى العرفى عند تجرده عن الوضع الشرعى ، كما هو عادة الشرع في ذلك والقول الذي اختاره في النهاية قد اعترف في المبسوط بأنه لم يجد عليه نصاً ولا عليه دليلاً ولا به شاهداً ، وكفى به حجة على نفسه .

والمراد من هذا القول الارتقاء بالقرابة بالأدنى الى ماقبله ، وهكذا الى أبعد جد وجدة له في الاسلام ، وفروعهما ، ويحكم للجميع بالقرابة ، ولا يرتقى الى آباء الشرك وان عرفوا بقرابته ، وربما استدل على التخصيص بالاسلام والانقطاع بالكفر بقوله (صلّى الله عليه وآله وسلّم) (١) « قطع الاسلام أرحام الجاهلية » ، وقوله عز وجل لنوح في حق ابنه (٢) « انه ليس من أهلك » ولا دلالة في ذلك على مطلوب الشيخ ، لأن قطع الرحم للجاهلية لايدل على قطع القرابة مطلقاً ، مع أصناف الكفار ، وكذا قطع الأهلية في ابن نوح ، والعرف واللغة يشهدان بأن من بعد جداً كالأجداد البعيدة لا يدخل في القرابة ، وان كان مسلماً ، ومن قرب جداً دخل وان كان كافراً إلا أن تدل القرينة على ارادة المسلم .

ولم أقف في هذا المقام على شيء من الأخبار إلا على مارواه الشيخ في الصحيح عن أحمد بن محمد بن أبي نصر (٣) « قال : نسخت من كتاب بخط أبي الحسن عليه‌السلام رجل أوصى لقرابته بألف درهم وله قرابة من قبل أبيه وأمه ما حد القرابة يعطى من كان بينه وبينه قرابة ؟ أو لها حد ينتهي اليه رأيك فدتك نفسي ؟ فكتب عليه‌السلام : ان لم يسم أعطاها قرابته » ، وهذا الجواب وان كان لايخلو من نوع اجمال ، إلا أن الظاهر أن المعنى فيه أنه لم يسم شخصاً بعينه ولا صنفاً بعينه ، فانه يعطى من شملته القرابة عرفاً ، وفيه تأييد للمعنى المشهور حينئذ .

وأمّا ماذهب اليه ابن الجنيد فقيل عليه ان ماذكره من عدم تجاوز الرابع غير لازم ، وفعل النبي (صلّى الله عليه وآله وسلّم) بالخمس ذلك ، لايدل على نفي القرابة مطلقاً عما عداه ذلك : فان ذلك معنى آخر للقربى ، فلا يلزم ذلك في حق غيره ، حيث يطلق .

وكيف كان فانه يدخل فيه الذكر والانثى ، والفقير والغني ، والوارث

(١) مسالك الافهام ج ١ ص ٤٠٩ وما عثرنا على هذه الرواية بعد الفحص في مظانه .

(٢) سورة هود ـ الآية ٤٦ .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ٢١٥ ح ٧٤٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٥٩ الباب ٦٨ .

وغيره ، والقريب والبعيد ، ولا فرق بين قوله أوصيت لأقاربي أو قرابتي ، أو لذوى قرابتي أو لذوى رحمي ، لأن مرجع الجميع الى معنى واحد .

وأمّا أهل بيته فقد قال المحقق في الشرايع : لو قال لأهل بيته دخل فيه الآباء والأولاد والأجداد .

قال شيخنا في المسالك بعد ذكر ذلك : لا اشكال في دخول من ذكر ، لاتفاق أهل التفاسير على ذلك ، انما الكلام في دخول غيرهم ، فان الاقتصار على ما ذكر يقتضي كون علي عليه السلام ليس من أهل البيت لخروجه عن الأصناف الثلاثة مع أنه داخل اجماعا .

وقال العلامة : يدخل فيهم الآباء والأجداد والأعمام والأخوال وأولادهم وأولاد الأولاد الذكر والانثى ، ثم قال : وبالجملة كل من يعرف بقرابته ، وهذا يقتضي كون أهل بيته بمنزلة قرابته ، وحكي عن تغلب أنه قال : أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم ، كالأجداد والأعمام وأولادهم ، ويستوى فيه الذكور والاناث ، وما اختاره العلامة من مساواة أهل البيت للقرابة ، هو الظاهر في الاستعمال ، يقال : الفلانيون أهل بيت في النسب ، معروفون ، وعليه جرى قوله (صلّى الله عليه وآله وسلّم) (١) « إنّا أهل بيت لا تحل لنا الصدقة » ، والأقوى الرجوع الى عرف بلد الموصي ، ومع انتفائه يدخل كل قريب : وأمّا أهل بيت النبي (صلّى الله عليه وآله وسلّم) فانهم أخص من ذلك بالرواية الواردة عنه (صلّى الله عليه وآله وسلّم) في حصرهم في أهل الكساء ، انتهى كلامه ، زيد مقامه وعلت في الخلد أقدامه .

أقول : قال الفقيه محمد بن طلحة الشافعي في كتاب مطالب السؤال في مناقب آل الرسول في بيان معاني الآل وأهل البيت والعترة ماصورته : وأمّا اللفظة الثانية وهي أهل البيت فقد قيل : هم من ناسبه الى جده الأدنى ، وقيل :

(١) الوسائل ج ٦ ص ١٨٧ الباب ٢٩ ح ٦ .

من اجتمع معه في رحم ، وقيل : من اتصل به بسبب أو نسب ، وهذه كلها موجودة فيهم ﷺ ، فانهم يرجعون الى جده عبدالمطلب بنسبهم ، ويجتمعون معه في رحم ويتصلون به بسببهم ونسبهم ، فهم أهـل بيته حقيقة ، ثم روى حديثاً من صحيح مسلم(١) عن زيد بن أرقم ، وفيه : فقال له حصين : من أهـل بيته يا زيد ؟ نسائه أهل بيته ؟ قال : أهل بيته من حرمت عليه الصدقة بعده .

أقول : والمعنى الثاني والثالث مما ذكره ابن طلحة قريب من معنى القرابة المشهور ، ويؤيده ما ذكره في كتاب المصباح المنير قال : وأهل الرجل يأهل ويأهل أهولاً اذا تزوج ، وتأهل كذلك ، ويطلق الأهل على الزوجة ، والأهل أهل البيت والأصل فيه القرابة ، وقد أطلق على الاتباع ، انتهى ، وهو ظاهر في أن الأصل اطلاق أهـل البيت على قرابة الرجل ، وقد أطلق على أتباعه ، وان لم يكن من قرابته ، وبالجملة فما نقل عن العلامة لايخلو من قرب .

وكيف كان فالظاهر أن معاني هذه الألفاظ أعني أهل البيت والآل والعترة ونحوها بالنسبة الى اطلاقها على أهـل بيته (صلى الله عليه وآله وسلّم) وعترته أخص مما هو المشهور من معانيها عرفاً أو لغة ، ولتحقيق ذلك مقام آخر ، وأمّا معاني باقي الألفاظ المتقدمة فقد تقدم تحقيق الكلام فيها في كتاب الوقف ، وهذان اللفظان حيث لم يتقدم لهما ذكر تعرضنا للكلام فيهما ، والله العالم .

العاشرة : الظاهر أنه لاخـلاف في أنه تصح الوصية للحمل الموجود حـين الوصية ، وان لم تحـله الحياة ، لكن يكون ذلك مراعى بوضعه حيّاً ، فتصـح بمجرد وجوده وان كان استقرارها مشروطاً بوضعه حيّاً ، فلو وضعته ميّتاً بطلت الوصية ، وان كان حال الوصية حيّاً في بطن أمّه ، كما أنها تصح بوضعه حيّاً وان لم يكن حـال الوصية حيّاً ولم تلجه الروح ، ومعنى استقرارها تحقـق صحتها من حين موت الموصي ، ومع وضعه ميّتاً يتبين البطلان من ذلك الوقت ، وحينئذ

(١) مسند أحمد ج ٤ ص ٣٦٧ .

فالنماء المتخلّل بين الولادة وموت الموصي يتبع العين ، ولم أقف في هذا المقام على نص ، غير أن ظاهر الأصحاب الاتفاق على ما ذكرناه ، فانه لم ينقل هنا خلاف في شيء من هذه الأحكام .

واذا استقرت الوصية بولادته حيّاً لايقدح فيها موته بعد ذلك ، بل ينتقل الى ورثته ، وهو ظاهر ، إلا أن ظاهر كلامهم اشتراط القبول من الوارث ، بل صرح في المسالك أيضاً باشتراط القبول في الحمل ، فأوجب القبول على وليه ، قال في الكتاب المذكور بعد أن ذكر أن الوصية تنتقل الى الوارث لو مات بعد ولادته حيّاً ما صورته : لكن يعتبر هنا قبول الوارث لامكانه في حقه ، وانما أسقطنا اعتباره عن الحمل لتعذره كما سقط اعتباره في الوصية للجهات العامة ، ووجه سقوطه عن الوارث تلقيه الملك عن المولود المالك لها بدون القبول ، ثم قال : والمتجه اعتبار القبول في الوصية للحمل مطلقا ، فيقبل وليه ابتداءً ووارثه هنا وتظهر الفائدة فيما لو ردها قبل قبوله ، فان اعتبرناه بطلت ، وإلا فلا أثر للرد انتهى

أقول : قد تقدم القول في تحقيق اشتراط القبول في الوصية لمعين وعدمه ، وبيّنا أنه لا دليل على ما ذكروه من الاشتراط ، بل ظواهر جملة من النصوص العدم ، تقدم ذلك في المسئلة الثانية من المقصد الأول في الوصية (١) وكذا في المسئلة الخامسة والسادسة من المقصد المذكور ، واشرنا أيضاً الى أن ما ادعوه ـ وان اشتهر بينهم ـ من أن الوصية عقد تفتقر الى الايجاب والقبول مما لم يقم عليه دليل ، كما تقدم ذكره في المسئلة الاولى من مسائل المقصد المشار اليه .

وبالجملة فانه ليس في هذه المواضع ما يمكن الاعتماد عليه من الأدلة الشرعية ، سوى مجرد كلامهم وتعليلاتهم ، ومن أراد تحقيق الحال يرجع الى المسائل المذكورة ، ثم ان في حكمه أولاً بأن الحمل من قبيل الجهات العامة ، فلا تتوقف الوصية له على القبول ، ثم رجوعه عن ذلك في الحمل فحكمه بأنه

(١) ص ٣٨٧ .

يقبل وليه ، لقائل أن يقول : أنه كما أن للحمل ولي ، فكذا الجهات العامة لها ولي وهو الحاكم ، فلم جوزت الوصية لها من غير اشتراط القبول ؟ ولم لاتوجب أن يقبل لها الحاكم ، لأنه وليها ، والفرق بين مسألتي الحمل والجهات العامة مع وجود الولي لكل منهما غير ظاهر ، كما لايخفى ، وبالجملة فان البناء اذا كان على غير أساس حصل فيه الانعكاس ، وذكر فيه الالتباس .

بقي هنا شيء وهو أن القبول المشترط هنا هل يشترط فيه القبول اللفظي أو يكفي فيه القبول الفعلي ، والرضاء بذلك ؟ صرح العلامة في المختلف في هذه المسألة بالثاني ، وهو جيد ، وقد تقدمت الاشارة اليه في المسائل المتقدم ذكرها أيضاً ، والله العالم .

الحادية عشر : المشهور أن الموصى له اذا مات قبل الموصي ولم يرجع الموصي عن وصيته فان الوصية تنتقل الى ورثة الموصى له ، قال شيخنا المفيد (عطر الله مرقده) اذا أوصى الانسان لغيره بشيء من ماله فمات الموصى له قبل الموصي بذلك كان ما أوصى به راجعاً الى ورثته ، فان لم يكن له ورثة رجع الى مال الموصي ، الى أن قال : ولصاحب الوصية اذا مات الموصى له قبله أن يرجع فيما أوصى له به ، فان لم يرجع فهو لخلف الموصى له ، ورواه ابن بابويه في كتابه وهو مذهب مشهور للأصحاب ، انتهى .

وقال ابن الجنيد : ولو كانت الوصية لأقوام بعينهم مذكورين مشاراً اليهم كالذى يقول لولد فلان ، وهؤلاء ، فان ولد فلان غيرهم لم يدخل في الوصية ، ولو مات أحدهم قبل موت الموصي بطل سهمه .

قال العلامة في المختلف بعد نقل كلام ابن الجنيد : ولا بأس بهذا القول عندى ، لأن الوصية عقد يفتقر الى ايجاب وقبول ، وقد بيّنا أن القبول المعتدبه هو الذى يقع بعد الوفاة ، فصار الموت حينئذ لاعبرة به ، انتهى .

وتدل على المشهور وهو المؤيد المنصور صحيحة محمد بن قيس (١) وقد تقدمت في المسئلة الخامسة من مسائل المقصد الاول ، و تقدم أيضاً ذكر ما استند اليه العلامة في القول بالبطلان هنا وهو صحيحة أبي بصير ومحمد بن مسلم(٢) وموثقة منصور بن حازم (٣) ، وقد حققنا الكلام في المقام ثمة بما لامزيد عليه .

والفرق بين ماذكرنا في المسئلة السابعة وما ذكر هنا أن مطرح البحث في المسئلة السابعة هو أن الوارث هل يرث القبول لو مات الموصى له قبل الموصي ولم يقبل أم لا ؟ وليس فيها تعرض لملك الموصى به وعدمه ، إلا أنّا قد أوضحنا بالأدلة الشرعية في أثناء البحث ، أنه يملكه الموصى له ، ويملكه وارثه بعده والغرض من هذه المسئلة هنا بيان أن الموصى به ينتقل بموت الموصى له الى وارثه ان لم يرجع الموصي عن الوصية أم لا ، سواء كان مورثه قد قبل الوصية قبل موت الموصي أم لا ، فلو فرض أنه قبل الوصية في حياة الموصي ثم مات في حياته واكتفينا بالقبول الواقع في حياة الموصي لم يفتقر وارثه الى القبول ، ولكن يبقى الخلاف في بطلان الوصية وعدمه ، وهو المقصود بالبحث هنا ، وان لم يكن قد قبل ، انتقل الى الوارث حق القبول ، ومعه يملك الموصى به على الخلاف ، وهو المقصود بالذكر هنا ، وقد حققنا في المسائل المتقدمة المشار اليها ضعف جميع ما بنوا عليه ، وفرعوا عليه من القول بأن الوصية عقد يتوقف على الايجاب والقبول وأنه لادليل على القبول بوجه ، بل الروايات ظاهرة في خلافه ، وان الحكم في هذه المسئلة المذكورة هنا ، هو أنه بموت الموصى له تنتقل الوصية الى الوارث ما لم يرجع الموصي ، سواء كان الموت في حياة الموصي أم بعد موته ، وأن ما استند اليه العلامة ، وقبله ابن الجنيد (رحمة الله عليه) من القول بالبطلان ، ليس في الأدلة ما يدل عليه صريحاً ، والروايتان المذكورتان فيهما من الاجمال

(١) الكافي ج ٧ ص ١٣ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٠ ح ٩٠٣ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٩ ص ٢٣١ ح ٩٠٦ و ٩٠٧ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٩ ح ١ و ص ٤١٠ ح ٤ و ٥ .

ما يمنع من الاستناد اليهما في الاستدلال ، فلا تنهضان قوة في معارضة صحيحة محمد بن قيس ، ونحوها مما دل على ما دلّت عليه من الأخبار الصريحة في المطلوب .

وبالجملة فان قوة القول المشهور في الظهور كالنور على الطور لايعتريها قصور ولا فتور ، كما لايخفى على من نظر بعين التأمل والتدقيق فيما قدمناه في المسائل المشار اليها من التحقيق الرشيق .

بقي الكلام فيما لو لم يخلف الموصى له أحداً فان الظاهر من كلام الأصحاب من غير خلاف يعرف أنه يرجع الى ورثة الموصي ، وبذلك صرح شيخنا المفيد (رحمه الله) فيما تقدم من نقل عبارته ، وقال المحقق في الشرايع : ولو لم يخلف الموصى له أحداً رجعت الى ورثة الموصي .

قال في المسالك : هذا تتمة الحكم السابق : وحاصله ان الموصى له اذا مات في حياة الموصي ولم يخلف وارثاً رجعت الوصية الى ورثة الموصي ، بمعنى بطلانها حينئذ ، وهذا الحكم شامل باطلاقه لما لو كان موت الموصى له قبل قبوله وبعده والحكم في الأول واضح ، لأنه بموته قبل القبول وعدم قيام أحد مقامه في القبول تبطل الوصية ، ويرجع الى ورثة الموصي ، ويحتمل على هذا أن ينتقل حق القبول الى وارثه العام ، وهو الامام ، لأنه وارث في الجملة ، فيرث حق القبول كما يرثه وارثه الخاص ، لقيامه مقامه في ارث جميع ما يورث عنه ، ويتولاه نائبه العام ، وهو الحاكم الشرعي مع غيبته ، إلا أن هذا الاحتمال لم يذكروه مع توجهه ، وأما الحكم الثاني وهو ما اذا كان موته بعد القبول حيث اعتبرنا القبول المتقدم على الوفاة ، فيشكل القول ببطلان الوصية حينئذ ، لتمام سبب الملك بالايجاب والقبول ، وتوقفه على الشرط وهو الموت لايوجب بطلانه ، ومن ثم انتقل الى الوارث لو كان ، فكما أنه لحصول الشرط يتم الملك للوارث فينبغي أن يتم هنا أيضاً .

ويمكن الجواب بأن الملك لما كان مشروطاً بالموت لايحصل بدونه كما هو ظاهر ، وحينئذ فلابد من مستحق صالح للتملك لينتقل اليه الملك ، فان مجرد السبب وان كان تامّاً لم يوجب نقل الملك قبل حصول الشرط ، وحينئذ فان كان للموصى‌له وارث انتقل حق الوصية اليه ، وحكم بملكه ، لأن له أهلية الملك وان لم يقبل بناءً على القبول السابق ، وان لم يكن له وارث لم يجد الملك محلاً قابلاً له لينتقل اليه ، اذ ليس هناك إلا الموصى‌له ، وقد فاتت أهليته للملك بموته أو وارثه والغرض عدمه .

نعم يتمشى على الاحتمال السابق هنا بطريق الأولى ، أن ينتقل الى الامام لتمام سبب الملك وحصول الشرط للملك ، والامام وارث للموصى‌له كالخاص ، فينتقل الملك اليه ، وان لم نقل بانتقال حق القبول اليه ، لأن الحق هنا أقوى ، انتهى كلامه زيد مقامه .

أقول قد عرفت مما حققناه في المسائل المشار اليها آنفاً أنه لا دليل على هذا القول الذي يكررون ذكره ، ويفرعون عليه مايذكرونه من الفروع ، وان غاية مايستفاد من الأخبار المتكثرة في باب الوصية هو أنه متى أوصى أحد لأحد بشيء فانه يصح ، ويكون لزومه مراعى بموت الموصي قبل الرجوع فيه ، فمتى مات الموصي كذلك وجب على الوصي أو الورثة انفاذ الوصية ، هذا غاية مايفهم من الأخبار ، وهم انما رتبوا ذلك واستندوا فيما ذكروه الى كون الوصية عقداً يشترط فيه الايجاب والقبول ، مع أنهم لم يوردوا على ذلك دليلاً إلا مجرد ظاهر اتفاقهم إن تم ، وحينئذ فيأتي على ماذكرناه أنه متى أوصى الى أحد بشيء ومات الموصى‌له في حياة الموصي ، فان كان له وارث فالأشهر الأظهر كما عرفت أنه تنتقل الوصية الى الوارث ، ويكون لزومها مراعى بموت الموصي ، فان مات ولم يرجع وجب انفاذها .

وأمّا اذا مات الموصى‌له وليس له وارث ومات الموصي والحال هذه من غير أن يرجع في الوصية فظاهرهم كما عرفت أنه تبطل الوصية ، لما ذكره هنا في

المسالك من التعليلات المذكورة ، وزاد احتمال رجوع الوصية الى الامام عليه السلام ومرجع ما ذكرناه الى ماذكره من الحكم الثاني .

وأمّا الاشكال الذى أورده عليه فقد عرفت الجواب عنه بما ذكره ، وهو الحق في المقام ، والأصحاب قد ذكروا هنا في صورة البطلان أنه تنتقل الوصية الى ورثة الوصي ، وحق الكلام أن يقال الى الموصي ، لأن المفروض أن الموصى له مات في حياة الموصي ، والحال أنه لا وارث له وقت موته ، ومقتضى الحكم ببطلان الوصية في تلك الحال ، هو الانتقال الى الموصي ، لأن ذلك مفروض في حياته وهو ظاهر هذا .

ولو كان موت الموصى له إنما وقع بعد موت الموصي ، والحال أنه ليس له وارث ، فيحتمل ماذكره ابن ادريس من البطلان في صورة ما لو تعذر صرف الوصية في الوجه الموصى به ، وقد عرفت ضعفه ، و يحتمل أن تكون الوصية للامام عليه السلام لأنه الوارث لمن لا وارث له ، والموصى له قد ملّكها واستقر ملكه عليها بالوصية وموت الموصي ، ويحتمل وهو الأقرب الصدقة به عنه ، لما تقدم في المسائل السابقة من صحيحة العباس بن عامر (١) « قال : سألته عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها ، ولم يترك عقباً ، قال اطلب له وارثاً أو مولى فادفعها اليه ، قلت : فان لم أعلم له ولياً ، قال : اجهد على أن تقدر له على ولي فان لم تجده وعلم الله منك الجهد فتصدق بها » .

ومن هذه الرواية يعلم بعد ما احتمله في صورة البطلان من الصحة بحمل الوارث على الامام بقوله نعم يتمشى على الاحتمال السابق الى آخره ، فان المتبادر من اطلاق الوارث انما هو الوارث الخاص ، فما ذكره من احتمال الامام في كلا الموضعين بعيد جداً ، ولهذا لم يذكره غيره من الأصحاب كما اعترف به ، والوجه فيه ماذكرناه ، والله العالم .

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢٣١ ح ٩٠٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٩ ح ٢ .

الثانية عشر : قالوا : لو أوصى للأقرب نزل على مراتب الارث من حيث المرتبة لا من حيث الاستحقاق ، فان الوصية يتساوى فيها الذكر والانثى ، والمتقرب بالأبوين ، والمتقرب بالأم ، وان كانوا اخـوة ، والمراد من تنزيـله على المراتب مراعاة المرتبة الأولى من مراتب الارث ، وتقديمها على الثانية ، وكذا الثانية على الثالثة ، وحينئذ فلا يعطى الأبعد في المرتبة مع وجود الأقرب ومقتضى ذلك تقديم العم من الأب على ابن العم من الأبوين ، وان كان ابن العم مقدماً في الارث لدليل خارج ، مع احتمال تقديمه هنا أيضاً ، نظراً الى الأقربية بحسب الارث ، لكنه يخرج بقيد المنع من اعطاء الأبعد مع وجـود الأقرب ، هـذا ملخص ماذكروه في ذلك ، والله العالم .

المقصد السادس في الوصاية :

بكسر الواو وفتحها وهي الولاية على اخراج حق او استيفائه أو على طفل ومجنون يملك الموصي الولاية عليه اصالة كالأب والجد له ، أو بالعرض كالوصي عن أحدهما المأذون له في الايصاء ، ولو نهي لم يوص ومع الاطلاق خلاف يأتي ذكره ان شاء الله تعالى .

والبحث في هذا المقصد يقع في مسائل : **الاولى :** يشترط في الوصي الكمال بالبلوغ ، والعقل فلا تصح الى صبي بحيث يتصرف حال صباه مطلقا ، ولوضم الـى كامل نفذ تصرف الكامل حتى يبلغ الصبي فيشتركان ، وسيأتي مافيه مـزيد تحقيق للمسئلة ان شاء الله تعالى ، ولا الـى مجنون ، ولوطـرأ الجنون على الوصي فقـد صرحوا بأنه تبطل وصيته ، وهل تعود بعود العقل ؟ جزم العلامة بالعدم ، وتردد في الدروس ، ولو كان المجنون يعتوره أدواراً ، قال في الدروس : الأقرب الصحة ، وتحمل على أوقات الافاقة ، قال : والفرق بينه وبين ما اذا طـرأ الجنون انصراف الوصية في ابتدائها الى أوقات الافاقـة ، وانصرافها هناك الى دوام عقله ، الذي لم

يـدم ، وهل يشترط فيه العدالة ؟ المشهور ذلك ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، والشيخ المفيد في المقنعة ، وابن حمزة وابن البراج وسلار ، وتبطل الوصية الى الفاسق ، وقيل : بالعدم ، وهو اختيار ابن ادريس بعد الاضطراب في كلامه ، واليه ذهب المحقق في النافع ، والعلامة في المختلف .

احتج الأولون بوجوه منها ـ أن الوصية استيمان على مال الأطفال ، ومن يجرى مجريهم من الفقراء والجهات التي لايراعيها المالك ، والفاسق ليس أهلاً للاستيمان على هذا الوجه ، وان كان أهلاً للوكالة ، لوجوب التثبت عند خبره ، ومنها أن الوصية تتضمن الركون باعتبار فعل ما أوصى اليه به ، من تفرقة المال وانفاقه وصرفه في الوجوه الشرعية ، والفاسق ظالم لايجوز الركون اليه ، لقوله تعالى (١) « ولاتركنوا الى الذين ظلموا فتمسكم النار » .

ومنها ـ أن الوصية استنابة على مال الغير لاعلى مال الموصي ، لانتقاله عنه بعد موته ، وولاية الوصي إنما تثبت بعد الموت فيشترط في النائب العدالة ، كوكيل الوكيل ، بل أولى لأن تقصير وكيل الوكيل مجبور بنظر الوكيل والموكل ، وذلك من أكبر البواعث على تحرز وكيل الوكيل من تجاوز الحد ، بخلاف الوصي فان ولايته بعد موت الموصى على الجهات التي أشرنا اليها ، وهي مما لايشارفه فيها أحد غالباً .

احتج العلامة في المختلف على ماتقدم نقله عنه من عدم اشتراط العدالة ، قال : لأنها نيابة فتتبع اختيار المنوب كالوكالة .

و استند ابن ادريس الى الاجماع على جواز ايداع الفاسق ، قال : وهي أمانة فكذا الوصية ، وأورد عليه بظهور الفرق بين الوكالة والوصية بما تقدم من مراعاة الموكل حال الوكيل في كل وقت مختار ، وبانه في الوكالة تسلّط على مال نفسه ، وفي الوصية على مال غيره ، ولهذا اشترطت العدالة في وكيل الوكيل .

(١) سورة هود ـ الآية ١١٣ .

أقول : والتحقيق أن يقال ان الناس بالنسبة الى العدالة وعدمها على أقسام ثلاثة : أحدها ـ العادل ، وهو من عرف بالقيام بالواجب واجتناب المحرمات ، وثانيها ـ الفاسق ، وهو من أخل بشيء من الواجبات أو ارتكب المحرمات ، وثالثها ـ مجهول ، وهو من لايعرف بشيء من الأمرين ، والدليلان الأولان ـ من أدلّة القول الأول ـ غاية مايدلان عليه نفي الفاسق ، دون المجهول الحال ، وحينئذ فيجوز وصاية المجهول الحال ولاتلزم العدالة .

وأما الدليل الثالث فان أريد بالعدالة المشترطة في وكيل الوكيل ظهور العدالة فيه بالمعنى المتقدم ، فالاستدلال به مصادرة ، لأنه عين المتنازع ، وان أريد عدم ظهور الفسق سلّمناه ، ولكنه لايفيد الاشتراط المدعي .

وبالجملة فان المسئلة عارية من النص والاحتياط فيه مطلوب ، وظواهر جملة من النصوص بالنسبة الى من مات وله أموال ، وورثة صغار ، ولاوصي له ، اشتراط عدالة المتولى لذلك . وهو وان كان خارجاً عما نحن فيه ، إلا أن فيه اشعاراً بأن المتولى لأمر الوصاية ينبغى أن يكون عدلاً مؤتمناً ، ولافرق بين الأمرين ، إلا كون الأول منصوباً من قبل الشرع ، وهذا منصوب من قبل الموصي ، وإلا فهو بالنسبة الى مايتصرف فيه واحد ، وحينئذ فكما تراعى العدالة فيه من حيث ان الناصب له الشرع ، كذا تراعي من حيث ان الناصب الموصي ، فلا ينصب لذلك إلا عدلاً ، والفرق بينهما بأن الموصي له التسلّط على ماله بدفعه الى من يشاء ، ويسلّط عليه من يختاره ، لأن « الناس مسلّطون على اموالهم » (١) بخلاف الحاكم الشرعى المنوط تصرفه بالمصلحة دون مافيه مفسدة ضعيف ، فإن الموصي بعد الموت وانتقال التركة وفيهم الصغير ، وفيها الوصايا الى الجهات العامة ونحو ذلك من التصرفات التى تحتاج الى الوثوق والايتمان ، لاتعلّق له بذلك ، فتصرفه فيما ذكر إنما هو تصرف في مال الغير ، لامال نفسه كما ذكره ، ومما ذكرناه يعلم أنه لاريب في

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧ .

اشتراط عدم ظهور فسقه .

وأمّا اشتراط ظهور عدالته فقد عرفت أن الاحتياط ـ حيث ان المسئلة غير منصوصة ـ يقتضيه .

بقي هنا شيء وهو أنــه على تقديـر اشتراطها ابتداء هل يشترط استدامتها بمعنى أنه لو نصب عدلاً ثم ظهر فسقه بطلت وصايته أم لا ؟ المشهور الأول ، وكذا على القول بعدم اشتراطها لو أوصى الى العدل ، ثم ظهر فسقه بعد مـوت الموصي ، فان المشهور بطلان وصايته ، ووجوب عزله ، والوجه في ذلك ، أمّا على اشتراطها ابتداء فظاهر ، لفوات الشرط ، وأمّا على عدم الاشتراط فلان الظاهر أن الباعث له على اختيار العدل ـ مع جواز الوصية الى غيره ، كما هو مقتضى القول المذكور ـ إنما هو عدالته ، والوثوق بأمانته ، فاذا خرج عن حد العدالة فات الباعث ، وخرج عن الاستيمان ، اذا الظاهر أنه لو كان حياً لاستبدل به ، كذا احتج به في المختلف ، وذهب ابن ادريس الى صحة الوصية ، وعدم بطلانها بذلك ، قال ـ بعد أن نقل عن الشيخ في المبسوط أنه لو تغيرت حالة الوصي لفسق أخرجت الوصية من يده ، لأن الفاسق لا يكون أميناً ـ ما لفظه : هذا الكتاب معظمه فروع المخالفين ، في كلام الشافعي وتخريجاته ، ولم يورد أصحابنا في ذلك شيئاً ، لا رواية ولا تصنيفاً ، والأصل صحة الوصية اليه ، والاعتماد عليه مع قوله تعالى(١) « فمن بدله بعد ماسمعه فانما إثمه على الذين يبدلونه » وعزله عن الوصية واخراجه منها تبديل وتغيير بلا خلاف .

أقول : لاريب أن الشيخ هنا انما حكم بالبطلان ، بناء على مذهبه في المسئلة من اشتراط العدالة ابتداء كما هو المشهور ، وهو من القائلين بذلك ، كما تقـدم نقله عنه في المبسوط ، وحينئذ فرد ابن ادريس وحكمه بالصحة يعطي مخالفته في هـذه الصورة أيضاً ، وأما في صورة ما اختاره ابن ادريس من عدم اشتراط العدالة ابتداء فهو بطريق أولى .

---

(١) سورة البقرة ـ الاية ١٨١ .

والتحقيق أن يقال : إنّا شرطنا العدالة كما هو المشهور ، فان الظاهر هو البطلان لوظهر الفسق ، لأن اشتراطها ابتداء يقتضي الاستدامة ، لما عرفت من أن الغرض من شرط العدالة هو الوثوق والاطمنان بعدم المخالفة في شيء من الأمور الموصى بها ، والاتيان بها على الوجه المأمور به ، وذلك يقتضي الاستدامة في جميع تصرفاته .

وخلاف ابن ادريس على هذا التقدير ضعيف ، مع أنه قد صرح في كتاب الوصايا على مانقله عنه في المختلف بأنه لومات الوصي أوفسق ، أقام الحاكم مقامه من يراه ، وما استند اليه من النهي عن التبديل ليس على عمومه ، بل يجب تقييده بما اذا لم يخالف المشروع فلوخالف جاز تبديله ، ومتى لم يشترط العدالة ابتداء كما هو القول الآخر فان القول بعدم البطلان كما ذهب اليه ابن ادريس غير بعيد ، وما ذكره العلامة (رحمة الله عليه) في تعليل البطلان من أن الظاهر أن الباعث له على اختيار العدل انما هو عدالته جيد ، لو علم أن الباعث له على جعله وصياً هو عدالته ، وإلا فمجرد احتمال ذلك لايكفي في الحكم بالبطلان ، اذمن الجائز والقريب كون الباعث على نصبه أمراً آخر ، من صحبته أو قرابته ، أو نحو ذلك ، وجاز أن يكون العدالة مزيدة في الباعث ، لاسبباً تامّاً ، فلا يقدح فواتها ، ومن ثم ان المحقق في الشرايع لم يجزم هنا بالبطلان ، بل قال : أمكن القول بالبطلان .

وبالجملة فان ماذهب اليه ابن ادريس من الصحة على القول المذكور جيد ، إلا مع تحقق العلم بأن الباعث على نصب العدل هو العدالة ، والله العالم .

الثانية : قد صرحوا بأن من جملة الشروط ايضاً في الوصية الحرية ، فلا تصح وصاية المملوك ، لاستلزامها التصرف في مال الغير ، لأن الوصاية يستدعي نظراً في الموصى به وسعياً في تنفيذه ، وهو موجب للتصرف في ملك الغير ، فلا يصح إلا باذن المولى ، فتصح لزوال المانع ، ولايخفى أن هذا انما يتم فيما اذا

أوصى الى مملوك غيره .

وأما مملوك نفسه من قن أو مدبر أو مكاتب أو أم ولد فنقل في الدروس عن الشيخ عدم الصحة ، وعن الشيخ المفيد وسلار أنهما جوزا الوصية الى المدبر والمكاتب مطلقا ، وظاهر المختلف أن محل الخلاف أعم من مملوك نفسه ، ولم يحضرني الآن مايمكن تحقيق الحال منه ، اذا عرفت ذلك فاعلم أنه متى أذن له المولى في قبول الوصاية لم يكن له الرجوع من الأذن المذكور بعد موت الموصي ، وان كان في حياته فله الرجوع بشرط إعلام الموصي ، والحكم هنا في المولى كما في الموصي الحر ، باعتبار التفصيل في الرجوع بين الموت و الحياة بشرط الاعلام وعدمه ، فيصح الرجوع بشرط كون ذلك في الحياة ، وبشرط الاعلام ، ويبطل في ماعدا ذلك كما سيأتي تحقيقه ان شاء الله تعالى بعد ذكر المسئلة ، والمولى هنا في حكم الوصي المذكور في ذلك ، وان كان فعل ماتعلّقت به الوصية منوطاً بالمملوك .

ومن جملة الشروط عندهم أيضاً الاسلام اذا كان الموصي مسلماً ، أو كافراً والوصية على أطفال المسلمين ، فلا تصح الوصية الى كافر وان كان رحماً ، لأنه ليس من أهل الولاية على المسلمين ، ولا من أهل الأمانة ، إلا أن يوصى الكافر الى مثله ان لم يشترط العدالة في الوصي ، وأمّا مع اشتراطها فهل يكفى عدالته في دينه أم تبطل مطلقاً ؟ وجهان : من أن الكفر أعظم من فسق المسلم ، ومن أن الغرض صيانة مال الطفل واداء الأمانة ، وهو يحصل بالعدل منهم ، واضطرب كلام شيخنا الشهيد الثاني (قدس سره) هنا ، فرجح في المسالك الحكم بالصحة ، وفي الروضة المنع ، قال في المسالك : ويحتمل قوياً الحكم بصحتها مطلقا مع عدالته في دينه ، لأن الغرض منها صيانة مال الطفل ، وحفظ حاله وأداء الأمانة ، واذا كان الكافر في دينه مجانباً للمحرمات ، قائماً بالأمانات حصل الغرض المطلوب بخلاف فاسق المسلمين ، وقال في الروضة : والأقوى المنع بالنظر الى مذهبنا ، ولو أريد صحتها عندهم وعدمه فلاغرض لنا في ذلك ، ولو ترافعوا الينا فان

رددناهـم الى مذهبهم ، وإلا فاللازم الحكم ببطلانها ، بناء على اشتراط العدالة ، اذ لا وثوق بعدالته في دينـه ، ولا ركـون الى أفعاله لمخالفتها لكثير مـن أحكام الاسلام ، انتهى .

وأطلق الأكثر كالمحقق في الشرايع والشهيد في اللمعة والدروس والعلامـة في جملة من كتبه وغيرهم جواز وصية الكافـر الى مثله ، مع أن المشهور عندهـم اشتراط العدالة في الوصي ، وهـو مؤذن بالقول بالاكتفاء بعدالة الكافـر في دينه ، وبه يظهر رجحان ماقواه في المسالك .

ومن جملتها البلوغ ، وقد تقدم الكلام فى أنه لاتجوز الوصية الى الصبى إلا أن يكـون منضماً الى بالغ ، وأنـه لايتصرف الصغير قبل البلوغ ، فاذا بلغ صـار شريكا ، وللبالغ الاستقلال بالتصرف مادام صغيراً ، قيل : وفائدة صحة الوصية الى الصغير منضماً مع عـدم صحة تصرفـه تأثير نصيبه في تلك الحال فى جواز تصرفـه بعد البلوغ .

أقول : ويدل على هذه الأحكام أعنى صحة وصايـة الصغير منضماً الى البالغ وصحة تصرف البالغ وحده قبل بلوغ الصبى ، وعدم جواز تصرف الصبى قبل البلوغ ماروه المشايخ الثلاثة (قدس الله ارواحهم) عن علي بـن يقطين (١) « قال : سألت أباالحسن عليه السلام عـن رجل أوصى الى امـرأة وأشرك في الوصية معها صبياً ؟ فقال : يجـوز ذلك وتمضى المرأة الوصية ولا تنتظر بلوغ الصبي واذا بلغ الصبى فليس له أن لايرضى إلا ماكان من تبديل وتغيير فان له أن يرده الى ما أوصى به الميت » .

وما رواه المشايخ المذكورون في الصحيح عن محمد بـن الحسن الصفار (٢) « قال : كتبت الى أبى محمد عليه السلام : رجل أوصى الى ولده وفيهم كبار قد أدركوا ، وفيهم صغار أيجـوز للكبار أن ينفذوا وصيته ويقضوا دينه لمن صـح على الميت

(١) و (٢) الكافـي ج ٧ ص ٤٦ ح ١ و ٢ ، التهـذيب ج ٩ ص ١٨٤ ح ٧٤٣ و ص ١٨٥ ح ٧٤٤ ، الفقيه ج ٤ ص ١٥٥ ح ١ و ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٩ ح ٢ و ص ٤٣٨ ح ١ .

بشهود عدول قبل أن يدركوا الأوصياء الصغار ؟ فوقع عليه السلام نعم على الأكابر من الولدان أن يقضوا دين أبيهم ولا يحبسوه بذلك » .

وما ذكره الرضا عليه السلام في كتاب الفقه (١) حيث « قال عليه السلام : واذا أوصى رجل الى امرأة وغلام غير مدرك ، فجائز للمرأة أن تنفذ الوصية ، ولا تنتظر بلوغ الغلام ، وليس للغلام اذا أرادت هي وأدرك الغلام أن يرجع في شيء مما أنفذته المرأة إلا ماكان من تغيير أو تبديل » .

وروى الصدوق في الفقيه عن علي بن الحكم عن زياد بن أبي الحلال (٢) « قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن رسول الله (صلّى الله عليه وآله وسلّم) هل أوصى الى الحسن والحسين مع أمير المؤمنين عليه السلام قال : نعم ، قلت : وهما في ذلك السن قال : نعم ، ولايكون لغيرهما في أقل من خمس سنين » وظاهر هذا الخبر المنع من الوصية الى الصبي قبل بلوغ خمس سنين ، ولم أطلع على قائل به ، والأخبار الدالة على الجواز غير مطلقة ، وظاهر الأصحاب الفتوى باطلاقها ، ومقتضى الجمع بين تقييد الجميع اطلاقها بهذا الخبر ، ويحتمل أن يكون المراد بالوصية الى الحسن والحسين بالنسبة الى مايجرى عليهما بعده من امتثال ما أمرهما به من الصبر ، والعمل بما وقع عليهما امتثالاً لوصيته ، (صلّى الله عليه وآله وسلّم) .

بقي الكلام في أنه لومات الصغير أو بلغ فاسد العقل فالمشهور أن للبالغ الانفراد بالوصية ، ولا يداخله الحاكم ، وعلل بأن شركة الصبي مشروطة ببلوغه كاملاً ، ولم يحصل ، فيبقى الاستقلال الثابت له أولاً بالنص على حاله عملاً بالاستصحاب ، ومداخلة الحاكم مشروطة بعدم وجود الوصي المستقل ، وهو هنا موجود .

وقيل : باحتمال بطلان استقلاله بذلك ، لأن الموصي انما فوض اليه الاستقلال

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٢٦ .

(٢) الفقيه ج ٤ ص ١٧٦ ح ٦١٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٩ ح ٣ .

الى حين بلوغ الصبى ، فكأنه جعله مستقلاً الى مدة مخصوصة لامطلقا .

أقول : والظاهر أنه من هنا نقل عن العلامة في التذكرة والشهيد في الدروس التردد في هذا الحكم ، وفي المسالك رجح الأول ، ثم قال : نعم لوبلغ رشيداً ثم مات بعده ولو بلحظة زال الاستقلال ، لفقد شرطه .

الحـاق :

ما ذكرنا مـن الصفـات المشترطة في الوصي وهـي الكمـال والاسـلام والحرية وزاد بعضهم اهتداء الوصي الى فعل ما أوصى فيه ، وقد وقع الخلاف في وقت اعتبارها على أقوال ثلاثة ، نقلها الشيخ في المبسوط :

الأول ـ أنها تعتبر حال الوصية ، لأنها حالة القبول والاستيمان والركون اليه ، ومخاطبته بالعقد ، وحالة الوفاة ، لأنها حالة ثبوت التصرف له ، وهذا القول اختيار الشيخ وابن ادريس وظاهر اختيار المحقق .

الثاني ـ اعتبار حالة الوفاة لأنها حالة ثبوت الولايـة ، ولا عبرة بالتقـدم لعدم نفوذ تصرفه حينئذ .

الثالث ـ اعتبارها في جميع الحالات من حين الوصية الى حين الوفاة ، عملاً بالاحتياط ، وهذه الأقوال كلها مشتركة في اعتبار حال الوفاة ، وقد نقلها الشهيد في شرح الارشاد ، وسيأتي انشاءالله تعالى مزيد تحقيق في ذلك .

الثالثة : لو أوصى الى اثنين فلا يخلو إمّا أن يشترط اجتماعهما ، وحينئذ فلا يجوز لأحدهما أن يتفرد عن صاحبه بشيء من التصرف ، لأن الظاهر من شرط الاجتماع أنه لم يرض برأي أحدهما منفرداً ، وبالجملة فان ولايتهما لم تثبت إلا على هذا الوجه .

وإمّا أن يجوز لهما الانفراد ، ولاريب أن تصرف كل منهما منفرداً جائز بمقتضى الوصية ، لأن كل واحد منهما وصي مستقل ، ويجوز لهما حينئذ اقتسام

المال ، وتصرف كل منهما فيما يخصه ، ولكن ليست هذه القسمة حقيقة بل لكل منهما التصرف في نصيب الآخر ، لأن كلاً منهما وصي في المجموع ولهذا انه لافرق في القسمة بين كونها متساوية أو متفاوتة ، حيث لا تحصل بها ضرر .

وإمّا أن يطلق ، وهذا هو محل الاشكال والبحث ، فقيل ـ وهو مذهب الشيخ في الاستبصار والمبسوط وقبله الصدوق في الفقيه وغيرهما وعليه أكثر المتأخرين كالمحقق والعلامة والشهيد وغيرهم ـ : بأن الواجب الاجتماع ، لأن المفهوم من الاطلاق ارادة الاجتماع ، لوحصل الاشتباه ، فللقائل أن يقول ثبوت الولاية لهما مجتمعين معلوم ومتفق عليه ، وثبوتها لكل واحد منفرداً مشكوك فيه ومختلف فيه ، فالواجب الأخذ باليقين المؤيد بالاتفاق عليه ، ويرجع الى اصالة انتفائها عن كل واحد منفرداً .

وقيل ـ وهو مذهب الشيخ في النهاية ـ : بجواز الانفراد ، وهذا الاختلاف نشأ من اختلاف أفهامهم في روايات المسئلة .

ومنها مارواه في الكافي في الصحيح عن محمد بن يحيى (١) « قال : كتب محمد بن الحسن الصفار الى أبي محمد عليه السلام : رجل مات وأوصى الى رجلين أيجوز لأحدهما أن ينفرد بنصف التركة ، والآخر بالنصف ، فوقع عليه السلام : لاينبغي لهما أن يخالفا الميت ، وأن يعملا على حسب ماأمرهما ان شاء الله تعالى » .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن بريد بن معاوية (٢) « قال : ان رجلاً مات وأوصى اليّ والى آخر أو الى رجلين فقال أحدهما لصاحبه : خذ نصف ماترك ، وأعطني النصف مما ترك فأبى عليه الآخر ، فسألوا أباعبدالله عليه السلام عن ذلك فقال: ذلك له » وهاتان الروايتان هما الدائرتان في كلام الأصحاب وهما محل البحث والاختلاف .

---

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ٤٦ ح ١ و ص ٤٧ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ١٨٥ ح ٧٤٥ و ٧٤٦ ، الفقيه ج ٤ ص ١٥١ ح ٥٢٣ و ٥٢٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٤٠ ح ١ و ٣ .

وقال عليه‌السلام في كتاب الفقه الرضوي (١) واذا أوصى رجل الى رجلين فليس لهما أن ينفرد كل منهما بنصف التركة ، وعليهما انفاذ الوصية على ماأوصى الميت، وبهذه العباره عبر الشيخ علي بن الحسين بن بابويه على مانقله عنه في المختلف .

قال في الفقيه بعد نقل حديث الصفار ، وهذا التوقيع عندي بخطه عليه‌السلام وعليه العمل ، ثم قال بعد ايراد الخبر الثاني : لست أفتي بهذا الحديث بل أفتي بما عندي بخط الحسن بن علي عليه‌السلام ولو صح الخبران جميعاً لكان الواجب الأخذ بقول الأخير كما أمر به الصادق عليه‌السلام .

قال الشيخ في التهذيب ونعم ما قال : راداً على الصدوق ظن أنهما متنافيان ، وليس الأمر على ما ظن ، لأن قوله عليه‌السلام : ذلك له ، يعنى « في الحديث الأخير » أن له أن يأبى عليه ولايجيبه الى ملتمسه . . . فلا تنافي .

أقول : والصدوق (رحمة الله عليه) ظن رجوع الاشارة الى صدر الخبر المتضمن لطلب أحدهما القسمة وأن الامام عليه‌السلام جوز ذلك له ، وهو بعيد جداً ، بل الحق هو رجوع الاشارة الى الامتناع من القسمة ، فيكون موافقاً للخبر الأول، فانه ظاهر في عدم جواز القسمة ، وأن مقتضى الاطلاق بجعلهما وصفين هو الاجتماع.

والظاهر أن الشيخ في النهاية انما قال : بجواز الانفراد ، تعويلاً على رواية بريد المذكورة ، بحمل الاشارة فيها على الرجوع الى صدر الخبر ، كما توهمه الصدوق (رحمة الله عليه) ، ولكنه في التهذيبين رده بما عرفت .

وبالجملة فالظاهر من الخبرين المذكورين هو ماذكره الشيخ في كتابي الأخبار وهو وجوب الاجتماع ، وعدم جواز الانفراد ، وأصرح منهما في ذلك كلامه عليه‌السلام في كتاب الفقه الرضوي .

وأمّا ماذكره في المسالك من عدم دلالة رواية الصفار على وجوب الاجتماع، قال : لأن لفظ لاينبغي ظاهر في الكراهة لاالحظر ، ففيها دلالة على جواز الانفراد

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٢٦ الباب ٤٣ ح ١ .

على كراهة ، وتبقى تلك مؤيدة لها كما فهمه الشيخ في فتوى النهاية ، فانه أجود مما فهمه في التهذيب ، مع أن المتأخرين كالعلامة في المختلف ومن بعده فهموا من الرواية المنع من الانفراد ، واستحسنوا حمل الرواية الاخرى على ماذكره الشيخ (رحمةالله عليه) ، وربما رجح الحمل بأن الاباء أقرب من القسمة ، فعود اسم الاشارة اليه أولى ، وفيه أن الاشارة بذلك الى بعيد فحمله على القسمة أنسب باللفظ ، انتهى .

ففيه : أولاً ـ أن ماذكره من أن لفظ لاينبغي ظاهر في الكراهة ان اراد باعتبار العرف الجاري بين الناس الآن فهو كذلك ، ولكن لاحجة فيه ، وان أراد باعتبار عرفهم عليهم السلام فهو ممنوع ، فإن ورود لاينبغي في التحريم وينبغي في الوجوب أكثر كثير في الأخبار ، كما لايخفى على من جاس خلال الديار ، وقد حققنا في غير موضع مما تقدم ، سيما في كتاب العبادات ، ان هذا اللفظ من الألفاظ المتشابهة بحسب العرف الشرعي والحمل على أحد معنييه يحتاج الى القرينة ، والقرينة هنا واضحة في التحريم ، وأن لاينبغي بمعنى لايجوز ، لأن مرجع الكلام ومحصله الى النهي عن مخالفة الميت ، ولا ريب أن المخالفة محرمة ، لأنها متضمنة للتبديل المنهي عنه في الآية ، واذا ثبت أن المخالفة محرمة علم أن لفظ « لاينبغي في المقام » بمعنى لايجوز ، كما هو واضح ، ويؤكده قوله ثانياً « ويعملا على حسب ما أمرهما » وفي الجميع اشارة الى أن القسمة والانفراد المسئول عنه في الخبر مخالفة للميت فيما أمر به ، وأنهما متى فعلا ذلك لم يعملا على حسب ما أمرهما ، ومنه يعلم أن مقتضى الاطلاق هو الاجتماع كما ذكرنا سابقاً .

وثانياً ـ أن ماذكره في ترجيح عود الاشارة الى القسمة ـ من أن الاشارة في الخبر وقعت بلفظ ذلك ، وهي أنسب بالحمل على البعيد ، فتكون الاشارة راجعة الى القسمة ـ مردود ، بأن الذي في الرواية انما هو الاشارة بذاك التي هي للقريب ، لابذلك كما توهمه (قدس سره) فتكون الاشارة راجعة الى الامتناع ،

لأنه هو الأقرب ، هذا مع الجري على مقتضى هذه المضايقات البعيدة ، وإلا فباب المجاز في الكلام أوسع من أن يتطرق اليه هذا الالزام ، سيما مع ظهور الحكم من الأخبار بما عرفت من التحقيق ، والى بعض ما أوردناه عليه أولاً تنبه أخيراً فعدل الى القول بالتحريم .

وأما ماذكره في الوافي إعتراضاً على الشيخ في الاستبصار أنه لولا تفسير الحديث بما فسره لكانا متنافيين ، وليس الأمر على ماظن ، لان حديث الصفار ليس نصاً على المنع من الانفراد ، لجواز أن يكون معناه أنه ليس عليهما إلا انفاذ وصاياه على ماأمرهما ، وان لايخالفا فيها أمره تفردا أو اجتمعا ، أو يكون معناه أنه ان نص على الاجتماع وجب الاجتماع ، وان جوز الانفراد جاز الانفراد ، وبالجملة انما الواجب عليهما أن لايخالفا ، انتهى .

فلا يخفى مافيه ، ولولا أنه اعترف بعد هذا الكلام بما أشرنا اليه ، فقال في تتمة الكلام المذكور : إلا أن ماذكره صاحب الاستبصار هو الأحسن والأوفق والأصوب ، انتهى ، لأوضحنا مافيه ، وقد تلخص مما ذكرناه وجوب الاجتماع في صورة الاطلاق ، كما هو الأشهر الأظهر ، فشرط الاجتماع لووقع حينئذ محمول على التأكيد ، والمراد بوجوب اجتماعهما في الصورتين اتفاقهما ، وأن لايصدر شيء من الأمور الموصى بها إلا عن اتفاق منهما على كونه مصلحة ، واذا توقف على عقد وقع من أحدهما باذن الآخر ، أو أذنا لثالث .

وتمام تحقيق البحث في المقام يتوقف على بيان أمور : **الاول** : اذا تشاح الوصيان في صورة وجوب الاجتماع عليهما من الاطلاق ، بناء على الأشهر الأظهر أوفي صورة اشتراط الموصى بمعنى أنهما تمانعا ، وأبى كل واحد على صاحبه مايريده ، فقد أطلق جمع منهم الشيخ في المبسوط عدم جواز تصرف أحدهما ، والوجه فيه ظاهر ، لأن الموصى لم يرض برأى أحدهما منفرداً فيكون تصرفه حينئذ تصرفاً بغير اذن ، كتصرف الأجنبى .

واستثنى جماعة منهم المحقق ما تدعو الحاجة اليه ، ولايمكن تأخيره الى وقت الاتفاق ، من نفقة اليتيم والرقيق والدواب ، ومثله شراء كفن الميت ، وزاد بعضهم قضاء ديونه ، وانفاذ وصية معينة ، وقبول الهبة عن الصغير مع خوف فوات النفع .

وفصل العلامة في القواعد ، ففرق بين صورة الاطلاق في الوصية ، وبين صورة النهي عن الانفراد ، فاحتمل ضمان المنفرد في الصورة الثانية ، وجوز مالابد منه في الصورة الأولى ، وحمل كلام الاصحاب على ذلك .

وأورد عليه بأن من الأصحاب من صرح بعدم الفرق بين الحالين ، فلايمكن حمل كلامه على ماذكره من التفصيل ، وبأن حالة الاطلاق ان حملت على ارادة الاجتماع كما فهمه الأكثر فلا فرق بينهما وبين حالة النهي عن الانفراد إلا باعتبار التأكيد في هذه دون تلك كما تقدمت الاشارة اليه ، فلاوجه للفرق بالكلية حينئذ ، وقيل : ويضمن المنفرد مطلقا ، وهو الأوفق بالعلّة المتقدمة ، ونقل عن أبي الصلاح أنه مع التشاح يرد الناظر في المصالح الأمر الى من كان أعلم بالأمر وأقوى عليه ، ويجعل الباقي تبعاً له ، وفيه ماعرفت من أن الموصي لم يوص برأي أحدهما منفردا ، حيث أمر بالاجتماع إمّا بالتصريح به ، أو لكونه مقتضى الاطلاق كما عرفت ، فكيف يخص به أحدهما ، وان كان أعلم أو أقوى وقد منعه الموصي من ذلك .

ثم انه قد صرح جملة من الأصحاب بأنه مع التشاح والتعاسر منهما يجبرهما الحاكم على الاجتماع ، فان اتفق وإلا استبدل بهما ، وهو على اطلاقه مع القول باشتراط العدالة في الوصي كما عليه الأكثر لايخلو من الاشكال ، لأنه بالتشاح والتعاسر منهما مع امكان الاجتماع وانما قصدا بذلك محض العناد من كل منهما للآخر يثبت فسقهما الموجب لعزلهما عن الوصية ، فيجب أن يستبدل الحاكم بهما ، لا أنه يجبرهما على الاجتماع ، والحال كما عرفت .

ولقد أحسن ابن ادريس هنا حيث قال في مسئلة التشاح : وان ناقض نفسه بما ذكره في المسئلة الأولى قال : ان تشاحا في الوصية والاجتماع لم تنفذ بشيء مما تصرفا فيه ، الى أن قال : وللناظر في أمور المسلمين الاستبدال بهما ، لأنهما حينئذ قد فسقا ، لأنهما أخلا بما وجب عليهما القيام بـه ، وقـد بينّا أن الفسق يخرج الوصية من يـده ، انتهى مع أنه في مسئلة اشتراط العدالة وعدمه ، صرح أولاً بالاشتراط ، ثم عدل عنه في آخر كلامه ، فقال : والذي يقتضيه أصول مذهبنا ويشهد به أصولنا ورواياتنا أن العدالة في الوصي ليست شرطاً في صحة الوصية، للاجماع على صحة ايداع الفاسق وهي أمانة فكذا الوصية ، انتهى ، ثم عقب ذلك بمسئلة الوصيين ، وقال فيها ماعرفت ، و الجميع في موضع واحد ، وربما أمكن فرض التشاح مـن غير استلزام الفسق فيما اذا اختلف رأيهما في وجـه المصلحة مثلا ، فلا يمكنهما الاجتماع على رأي واحد ، لأن كل واحد مكلّف بما يقتضيه رأيـه من الحكم ، وينبغي أن يستثنى هـذا من محل البحث المذكور ، فانـه لايمكن اجبار الحاكم هنا لهما على الاجتماع ، وعلى هـذا يخص محل البحث بما يمكن فيه الاجتماع ويكون التشاح ناشياً عن التشهي والميل الطبيعي كأن يريد أحد الوصيين تفرقـة صدقة المال الموصى بـه لذلك على أناس مخصوصين ، ويريد الآخـر غيرهم مع تساوى الجميع في الاستحقاق ، أو أراد أحدهما شـراء نوع من المأكول والملبوس للطفل ، وأراد الآخر غيره مع التساوى في المصلحة ، ونحو ذلك فان هذا هو محل البحث .

ونقل عـن العلامـة في التذكرة أنـه بالغ فـي المسئلة ، وصـرح بأنهما لاينعزلان بالاختلاف ، وأن اللّذين أقامهما الحاكم نائبان عنهما وهـو عجيب ، والله العالم .

الثاني : قالوا : لو مـرض أحدهما أو عجز ضم اليه الحاكم من يقويـه ، وهـذه العبارة لاتخلو من الاجمال ، وتعدد الاحتمال ، فيحتمل أن يكون المـراد

منها أن المضموم اليه هو المريض والعاجز بأن يكون الضمير في « اليه » و« يقويه» راجعاً الى المريض، والعاجز ، بمعنى أن الحاكم يضم اليهما شخصاً يقويهما ويعينهما على التصرف ، ويساعدهما على ذلك ، فان المرض والعجز لايخرجهما عن الوصاية ، لجواز الوصية ابتداء الى المريض والعاجز ، فكما لايقدح في الابتداء ، كذا لايقدح في الاستدامة ، وأيضاً على هذا فيعتبر اجتماع الثلاثة في التصرف .

ويحتمل أن يكون المراد أن المضموم اليه هو الوصي الآخر المدلول عليه بأحدهما ضمناً ، وحينئذ يكون الضمير في « اليه » وفي « يقويه » راجعاً الى الوصي الآخر المشار اليه ، وعلى هذا يراد بالعجز والمرض البالغين حدّ المنع وعدم امكان التصرف ، وبهذا صرح في الدروس فانه جعل الضميمة مع عجز أحدهما كما لو جن أو فسق ، ومن الظاهر أن جعل العاجز والمريض كالمجنون والفاسق اللذين لاوصاية لهما يعطى بلوغ العجز والمرض الى حدّ يمنع من القيام بشيء من الوصايا ، فيكون المضموم اليه هو الوصي الآخر البتة .

وبالجملة فانه ينبغي أن يكون المدار في ذلك على مرتبتي العجز والمرض ، فان بلغتا إلى حد العجز الكلّي وهو الحدّ الذى يمنع من القيام بشيء من الوصايا، فانه يكون للضم الى الوصي الآخر ، وإلا فان الضم الى المريض والعاجز ، لأن العجز والمرض إنما منع عن القيام بالجميع مع ثبوت أصل القدرة ، فيكون المضموم اليهما مساعداً لهما في الأشياء التي تضعف عنها قوتهما ، وعلى هذا فتكون الأوصياء ثلاثة ، كما تقدم .

الثالث : قالوا : لومات أحد الوصيين أو فسق لم يضم الحاكم الى الآخر . وجاز له الانفراد ، لأنه لاولاية للحاكم مع وجود وصي ، وتردد فيه بعضهم .

أقول : ينبغي أن يعلم أن ذكر الموت والفسق انما خرج مخرج التمثيل، والمعنى أنه لو تعذرت مشاركة أحد الوصيين للآخر على الاجتماع ، لأحد الموانع

كموت أو فسق أو عجز كلّي أو جنون أو غيبة بعيدة ، فالمشهور هو أن الحكم في ذلك ماذكر من استقلال الآخر بالوصية ، من غير أن يضم اليه الحاكم بدلاً من الوصي الآخر ، لأنه لاولاية للحاكم مع وجود الوصي ، وهو هنا موجود ونصب الآخر معه لايخرجه من كونه وصياً ، ولهذا يقال : نصب وصيين ، هكذا قيل .

وفيه أن الظاهر من نصب الوصيين الذي قد عرفت آنفاً أن مقتضاه الاجتماع، وهو أن الموصي لم يرض برأي أحدهما منفرداً كما تقدم ذكره ، فتصرفه وحده مناف لمقتضى الاجتماع المفهوم من الاطلاق ، ومنه يعلم أنه مناف لغرض الموصي.

وقولهم أنه لاولاية للحاكم مع وجود الوصي مسلّم لو كان الوصي منفرداً ، وأما في صورة الاشتراك فهو ممنوع ، وصدق وجود الوصي حقيقة هنا ممنوع ، بل الموجود جزء وصي ، واطلاق الوصي عليه مجاز ، وبه يثبت المنع من انتفاء ولاية الحاكم هنا ، بل الولاية له ثابتة ، لأن ولايته تتعلّق بما لايشرع انفاذه لغيره من أحكام الميت ، وهو هنا كذلك .

قال في المسالك : والأقوى وجوب الضم ، وليس للحاكم أن يفوض اليه وحده ، وان كان عنده صالحاً للاستقلال ، لأن الموصي لم يرض برأيه وحده ، وعند وجود ارادة الموصي لاتعتبر ارادة الحاكم ، لأن ذلك كمنعه من كونه وصياً بالانفراد ، فلا يتخطاه الحاكم ، انتهى وهو جيد .

الرابعة : لاخلاف بين الأصحاب (رضي الله عنهم) في أن للوصي أن يرد الوصاية مادام الموصي حياً بشرط أن يبلغه ذلك ، فلومات الموصي قبل الرد أو بعده ولم يبلغه لزمه القيام بها ، وبذلك تكاثر الأخبار .

ومنها مارواه المشايخ الثلاثة (طيب الله تعالى مراقدهم) عن محمد بن مسلم(١) في الصحيح « عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ان أوصى رجل الى رجل وهو غائب فليس له أن يرد وصيته ، فان أوصى اليه ، وهو بالبلد ، فهو بالخيار ان شاء قبل ، وإن شاء لم يقبل».

(١) الكافي ج ٧ ص ٦ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٥ ح ٨١٤ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٤ ح ٤٩٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٨ ح ١ .

والمراد أنـه مات الموصى في تلك الغيبة ، قبل أن يعلمه الوصى بالقبول أو عدمه ، فانه يجب عليه القيام بالوصاية ، وان لم يقبل » .

وما رواه في الكافي والفقيه عن فضيل بـن يسار (١) في الصحيح « عـن أبى عبدالله عليه السلام في رجل يوصى اليه فقال : اذا بعث بها اليه من بلد فليس له ردها ، وان كان في مصر يوجد فيه غيره فذلك اليه » .

والتقريب فيـه ما تقدم في سابقه ، بمعنى أنه لومات الموصي بعد البعث وقبل وصول الجواب اليه بالقبول وعدمـه ، وحاصله أنـه اذا أوصى اليه والوصي غائب عن البلد ، ثـم مات لزمـه القيام بالوصية قبل أو لم يقبل ، وان أوصى اليه وهـو حاضر فانه مخير بين القبول وعدمه ، لأن المصر يوجد فيه غيره .

وعن منصور بـن حازم (٢) « عـن أبى عبدالله عليه السلام قال : أوصى الرجل الى أخيه ، وهـو غائب فليس له أن يـرد عليه وصيته ، لأنـه لوكان شاهداً فابى أن يقبلها طلب غيره » .

وما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عـن الفضيل (٣) . وكذلك الشيخ في التهذيب « عن أبى عبدالله عليه السلام في الرجل يوصي اليه ؟ قال : اذا بعث بها من بلد اليه ، فليس له ردها » .

وقال في كتاب الفقه الرضوى (٤) « واذا أوصى رجل الى رجل وهو شاهد فله أن يمتنع من قبول الوصية ، وكان الموصى اليه غائبا ، ومات الموصي من قبل أن يلتقى مع الموصى اليه ، فان الوصية لازمـة للموصى اليه » .

---

(١) الكافى ج ٧ ص ٦ ح ٢ ، التهـذيب ج ٩ ص ٢٠٥ ح ٨١٥ ، الفقيـه ج ٤ ص ١٤٤ ح ٤٩٧ .

(٢) و (٣) الكافـى ج ٧ ص ٦ ح ٣ و ٤ ، التهـذيـب ج ٩ ص ٢٠٦ ح ٨١٦ و ٨١٧ ، الفقيـه ج ٤ ص ١٤٥ ح ٥٠٠ .

وهـذه الروايات فى الوسـائل ج ١٣ ص ٣٩٨ ح ٢ و ٣ و ص ٣٩٩ ح ٥ .

(٤) المستدرك ج ٢ ص ٥٢٢ الباب ٢١ ح ٢ .

أقول : وهذا الخبر مبين لما أجمل في الأخبار المتقدمة كما ذيلناها بـه ، وتحقيق الكلام في المقام أنك قد عرفت فيما تقدم أن الوصية من العقود الجائزة في حياة الموصي فلكل من الموصي والموصى له بمال ونحوه ، والموصى اليه بالولاية ، فسخها في حياة الموصي اجماعاً .

وأمّا بعد موته فان قبل كل من الموصى له والموصى اليه فليس له الرد اتفاقاً ، وان لم يقبل في حال الحياة جاز له الرد بعد وفاته ، إلا أنه في الموصى اليه مشروط بأن يبلغ الموصي ويعلمه الرد في حال حياته ، فلو لم يعلمه ذلك في حال الحياة لزمه القيام بذلك ، ولم يكن لرده أثر يترتب عليه ، هذا هو المشهور .

وعليه تدل الأخبار المذكورة ، لأنها كما عرفت متفقة في أنه لو كان الموصى اليه غائباً ومات الموصي بعد الوصية فليس له الرد ، سواء بلغه الخبر وردها ، ولكن لم يبلغ الرد الموصي أو لم يبلغه الخبر إلا بعد موت الموصي ، فانه ليس له الرد ، بل يجب عليه القبول ، وحينئذ فالحكم في هذه الصورة كما في الصورة الأولى أعني موت الموصى بعد قبول الوصي ، فانه ليس للوصي الرد بعد موته اتّفاقاً .

وذهب العلامة في التحرير والمختلف الى أنه يجوز له الرجوع مالم يقبل، قال في المختلف : أطلق الأصحاب عدم جواز رد الوصية اذا لم يعلم الوصى بها حتى يموت الموصي ، أو يعلم ويرد ، ولما يعلم الموصي بالرد ، لروايات كثيرة ثم نقل رواية منصور بن حازم ، وصحيحة محمد بن مسلم قال : والوجه عندى المصير الى ذلك ان كان قد قبل الوصية أولاً ، وان لم يكن قبل ولاعلم جاز له الرجوع ، للأصل ، ولازالة الضرر الواصل بالتحمل غير المستحق ، وقد قال الله تعالى (١) « ماجعل عليكم في الدين من حرج » وقال عليه السلام (٢) « لاضرر ولاضرار في الاسلام » وتحمل الأحاديث على حصول القبول ، لأنه عقد ولابد فيه من القبول،

(١) سورة الحج ـ الاية ٧٨ .
(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٩ ح ٢ ، الوسائل ج ١٧ ص ٣٤١ ح ٣ .

وقد نبّه الشيخ في المبسوط وفي مسائل الخلاف ، عليه ، فقال : اذا قبل الوصية له أن يردها مادام الموصي حيا ، فان مات فليس له ردها ، واستدل باجماع الفرقة ، وبأن الوصية قد لزمته بالقبول ، انتهى .

وقال في الدروس بعد ذكر القول المشهور في المختلف : يجوز الرد اذا لم يعلم بالوصية حتى مات ، للحرج والضرر ، ولم نعلم له موافقاً عليه ، انتهى .

أقول : يظهر من شيخنا في المسالك الميل الى ماذكره العلامة هنا حيث قال بعد ذكر القول المشهور : وأن الأصحاب استندوا فيه الى الأخبار التي قدمنا هنا ، ثم نقل قول العلامة ودليله ماهذه صورته : ، والحق أن هذه الأخبار ليست صريحة في المدعى ، لتضمنها أن الحاضر لايلزمه القبول مطلقا ، والغائب يلزمه مطلقا ، وهو غير محل النزاع ، نعم في تعليل الرواية المتقدمة ايماء الى الحكم، إلا أن اثبات مثل هذا الحكم المخالف للأصول الشرعية باثبات حق الوصاية على الموصى اليه على وجه القهر ، وتسليط الموصي على اثبات وصيته على من شاء ، بحيث يوصي ويطلب من الشهود كتمان الوصية الى حين موته ، ويدخل على الوصي الحرج والضرر غالباً بمجرد هذه العلّة المستندة الى سند غير واضح بعيد ، ولو حملت هذه الأخبار على سبق القبول ، أو على شدة الاستحباب كان أولى ، ولو حصل للموصي ضرر ديني ، أو دنيوي أو مشقة لايتحمل مثلها عادة أو لزم من تحملها عليه مالا يليق بحاله من شتم ونحوه قوي جواز الرجوع ، انتهى .

أقول : قد عرفت مما ذيلنا به بعض الأخبار المتقدمة وبه صرح عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي أن حكمه عليه السلام في تلك الأخبار على الغائب بأنه يلزمه القيام بالوصية متى أوصى اليه في حال الغيبة ومات الموصي أعم من أن يكون الوصي قد قبل الوصية لما بلغه الخبر أو لم يقبل ، فانه لاأثر لعدم قبوله بعد موت الموصى ، أمّا على الأول فظاهر ، وهو مما لاخلاف فيه ، وأمّا على الثاني وهو محل الخلاف ، فلظاهر هذه الأخبار ، فانها دلت كما عرفت على أنه بالوصية اليه حال

غيبته وموت الموصي يجب على الوصي القيام بالوصية ، رضي بالوصية أو امتنع ، فان امتناعه لاأثر له بعد موت الموصي وهذا هو محل الخلاف .

وأمّا اذا كان حاضراً للوصية مشافهاً لها ، فانه لايلزمه القبول ، وله أن يردها ولاضير فيه ، لأن الموصى حي .

وحينئذ فكيف يتم قوله « أن ماتضمنته الأخبار غير محل النزاع وأنها غير صريحة في المدعى » وقد عرفت من كلام العلامة ومن كلامه هو أيضاً أن محل النزاع هو أن يثبت للموصى الزام بالقيام بوصيته مع عدم قبوله ، ولا علمه بذلك، بل يكون قهراً عليه ، وهذا هو الذي دلّت عليه الأخبار بالتقريب الذي ذكرناه، ولهذا أن غيره من الأصحاب كالعلامة في المختلف وغيره ممن قال بالقول المشهور متفقون على دلالة الأخبار على القول المذكور ، وهو الذي فهموه منها ، وغاية مايتمسك به العلامة معارضتها بالأدلّة الدالّة على نفي الضرر والحرج ، فتأول الأخبار المذكورة جمعاً بين الأدلّه بالحمل على القبول ، وهو الظاهر من كلامه أيضاً ، وهو زاد احتمال الحمل على شدة الاستحباب .

وأنت خبير بما في التأويلين المذكورين من البعد ، وأمّا المعارضة بالأدلّة على نفي الضرر والحرج ، فإنا نمنع حصول الضرر والحرج بمجرد الوصية اليه ، وإلا للزم عدم جواز قبول الوصاية مطلقاً ، فانه لايجوز للانسان أن يلقي نفسه في الضرر ، لوكان مجرد الوصية اليه يستلزم ذلك ، نعم لوفرض اتفاق ذلك في بعض الموارد كما فرضه (قدس سره) في آخر كلامه ، فانه يجوز له الرجوع دفعاً للضرر عن نفسه ، وبه يحصل الجمع بين أخبار الضرر وأخبار المسئلة ، ولايحتاج الى ماذكروه من التأويلين البعيدين .

وأمّا ماذكره من أن اثبات هذا الحكم مخالف للأصول الشرعية باثبات حق الوصاية على الموصى اليه على وجه القهر الى آخر كلامه في ذلك .

ففيه أنه اذا ثبت ذلك بالأدلّة الصحيحة كما عرفته من هذه الروايات مع

صحتها باصطلاحهم من غير معارض لها في البين ، فانه يجب تخصيص الأصول التى ذكرها بهذه الأخبار ، اذ ما من عام إلا وقد خص ، ولم يبق حينئذ إلا مجرد الاستبعاد العقلي الذى فرضه ، وهو غير مسموع في مقابلة الأخبار ، سيما مع صحتها وتكاثرها ، ووضوح دلالتها كما فصلناه ، والله العالم .

الحاق :

قال الصدوق : اذا دعى الرجل ابنه الى قبول وصيته فليس له أن يأبى واذا أوصى رجل الى رجل فليس له أن يأبى ان كان حيث لا يجد غيره ، واذا أوصى رجل الى رجل وهو غائب عنه ، فليس له أن يمتنع من قبول وصيته .

أقول : أمّا الحكم الأول فيدل عليه مارواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن على بن الريان (١) « قال : كتبت الى أبى الحسن عليه‌السلام رجل دعاه والده الى قبول وصيته هل له أن يمتنع من قبول وصيته ؟ فوقع عليه‌السلام : ليس له أن يمتنع » .

وأمّا الثانى فالظاهر أن الدليل عليه مارواه المشايخ الثلاثة أيضاً في الصحيح أو الحسن عن هشام بن سالم (٢) « عن أبي عبدالله عليه‌السلام في الرجل يوصي الى الرجل بوصية فأبى أن يقبلها ؟ فقال أبوعبدالله عليه‌السلام لا يخذله على هذه الحال » .

وظاهره (قدس سره) حمل الخبر على وجوب القبول ، ولذا قيده بأن لا يجد غيره ، وفيه تأييد لما ذكرناه رداً على شيخنا المتقدم ذكره ، وينبغى تقييد كلامه بما قيدت به الأخبار المتقدمة من موت الموصي بعد الوصية والعلامة في المختلف حمل القبول في الأولين أولاً على شدة الاستحباب ، ثم قال : على أن امتناع الولد نوع عقوق ، ومن لا يوجد غيره يتعين عليه ، لأنه فرض كفاية ، وبالجملة فأصحابنا

(١) و (٢) الكافى ج ٧ ص ٧ ح ٦ و ص ٦ ح ٥ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٠٦ ح ٨١٩ و ٨١٨ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٥ ح ٤٩٨ و ٤٩٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٠ الباب ٢٤ و ص ٣٩٩ ح ٤ .

لم ينصوا على ذلك ، ولابأس بقوله ، انتهى .

وفيه عدول الى القول بوجوب القبول ، وفي حكمه ـ بكون القبول فرض كفاية يتعين مع عدم وجود فرد آخر ـ مايوجب الايراد عليه فيما تقدم نقله عنه من عدم وجوب قيام الموصى اليه بالوصاية بعد موت الوصى ، اذا أوصى اليه وهو غائب وان لم يعلم ، ولم يقبل ، لأن وجوب قبول الوصية كفاية انما هو حال حياة الموصي أمّا بعد موته فانها يتعين فيمن أوصى اليه كما لو لم يكن غيره حال الحياة ، فانه يصير القبول واجباً عينياً .

الحاق آخر :

قد عرفت أنه يشترط في جواز الرد في الحياة بلوغ الخبر الموصى ، لكن يبقى الكلام في أنه لو بلغه الخبر ، ولم يمكنه اقامة وصي غيره ، فهل يكفى في جواز الرد مجرد بلوغ الخبر وان لم يوجد وصى غيره ، أو لابد من تقييده بامكان وجود وصى آخر عوض الأول ؟ وظاهر اطلاق الفتاوى الأول ، وظاهر النصوص الثانـي .

ومنها صحيحة هشام بن سالم أو حسنته المتقدمة ، وقوله عليه السلام فيها « لا يخذله على هذه الحال » ، وقد عرفت حملها على عدم وجود غيره ، كما صرح به الصدوق وغيره .

ومنهم العلامة في المختلف كما تقدم ، والشهيد في الدروس ، ومقتضاها كما عرفت أنـه مع عدم وجود الغير لايجوز له الرد ، ويشير الى ذلك قوله عليه السلام فـي صحيحة الفضيل بن يسار المتقدم « وان كان في مصر يوجد غيره فذاك اليه » وقوله في صحيحة منصور بن حازم « لأنه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها يطلب غيره » فانهما ظاهران في تعليق جواز الرد على وجود الغير ، فلو لم يوجد الغير لقبول الوصية لم يجز له الرد ، والله العالم .

الخامسة : لاخـلاف بين الأصحاب (رضي‌الله عنهم) في أن الوصي أمـين ، لا يضمن ما بيده من الأمـوال التي تعلّقت بها الولاية إلا بتعد أو تفريط ، وينبغي أن يكون المدار في التعـدى وعدمه على مخالفة شـرط الوصية وعدمها ، فلو ركب الدابة أولبس الثوب لالغرض يعود الى الطفل أو نفع يترتب عليه ، كان ذلك تعديا لأن مقتضى الوصية حفظهما أو بيعهما وصرفهما في الجهة المأمور بها ، فتصرفه فيها كذلك لأغراض نفسه تعد البتة .

أمّا لو تعلّق بذلك غرض يعـود الى الطفل ، كأن يركب الدابة للمضي في حوائج الطفل من استيفاء دينه ، أو جمع حواصله أو نحوذلك ، ولبس الثوت لدفع الضرر عنه باللبس ، كما في ثياب الصوف ونحوها في أوقات الحر ونحو ذلك ، فانه لا يكون تعديا ، بل ربما صار في بعض الأفراد واجباً عليه اذا علم حصول الضرر بدون ذلك .

وظاهر كلامهم أن غاية مايوجبه التعدى والتفريط وجوب الضمان عليه مع بقائه على الوصاية ، ولا يوجب ذلك عزله ، مع أنهم قد صرحوا بأنه ان ظهر منه خيانة وجب على الحاكم عزله ، والظاهر أن التعـدى والتفريط نوع خيانة أيضا إلا أنهم لم يصرحوا بذلك ، بل ربما ظهر من كلامهم في الحكم الأول عدم كون ذلك خيانة ، فينبغي التأمل في ذلك ، ثـم ان ماذكروه من أنه مـتى ظهرت منه خيانة وجب على الحاكم عزله ، ونصب غيره ظاهر فيما لو لم يشترط عدالة الوصي فان للحاكم أن يعزل الخائن مراعاة لحق الأطفال ، ومصارف الصدقات ، ونحوها من تنفيذ الأمور الموصى بها .

وأمّا على تقدير اشتراط العدالة كما هو المشهور ، فانه ينعزل بنفس الفسق وان لم يعزله الحاكم ، ولعل المراد بعزل الحاكم في كلامهم ماهو أعم من قوله عزلتك كما هـو الحكم بالنسبة الى القـول الأول أو منعه من التصرف ، لأنه قـد انعزل بنفس الفسق كما هو القول الثاني ، فالمراد بعزله يعني منعه من التصرف ،

ولو عجز الوصي عن القيام بما أوصى به اليه ، قالوا : ضم اليه الحاكم من يساعده .

وظاهر كلامهم أنه لافرق في العجز بين أن يكون عن الاستقلال بالوصية حال الوصية اليه ، أو تجدده بعد الوصية قبل موت الموصي أو بعده ، وبه صرح في التذكره على ما نقل عنه حيث قال : الظاهر من مذهب علمائنا جواز الوصية الى من يعجز عن التصرف ، ولايهتدى اليه لمشقة أو هرم أو غيرهما ، ويجبر نقصه بنظر الحاكم ، انتهى .

وعلى هذا فكما لاتبطل الوصية بالعجز الطارى كذا لاتبطل لو كان متصفاً به ابتداءً ، ولايخلو من اشكال ، لأن الوصية اليه مع العلم لعدم امكان قيامه بذلك لافائدة فيها ، ولا يترتب عليها أثر ، فكيف يحكم بصحتها ، وضم الحاكم بعد ذلك شخصاً آخر للقيام بها يكون من قبيل نصبه وصياً لمن لم يوص بالكلّية ، فلا أثر له في صحة الوصية الاولى .

والى ما ذكرنا يميل كلام شيخنا الشهيد في الدروس حيث انه توقف في صحة الوصية الى العاجز ابتداءً ، فقال : ففي بطلانها من رأس ، وصحتها ويضم الحاكم اليه مقوياً نظر ، ينشأ من وجوب العمل بقوله ما أمكن ، ومن عدم الفائدة المقصودة بالوصية ، انتهى .

أقول : لاريب أن وجوب العمل بقوله انما يتم مع ترتب الأثر المقصود من الوصية عليه ، وإلا فمتى لم يترتب عليه أثر كما هو المفروض ، فانه لا معنى لهذا الوجوب بالكلّية .

وأمّا ما ذكره في المسالك في الاستدلال على ما ذكره الشهيد من أنه يمكن منع عدم الفائدة على هذا التقدير ، لجواز أن يكون العاجز ذا رأي وتدبير ولكنه عاجز عن الاستقلال ، فيفوض اليه الموصي أمره لذلك ، ويعتمد في اتمام الفعل على نصب الحاكم له معيناً ، فتحصل الفائدة المطلوبة من الوصية ، ويسلم من تبديلها المنهي عنه .

ففيه أولاً أن المفروض في كلامهم كما سمعت من عبارة التذكرة « يعجز عن التصرف ولا يهتدى اليه » هو العجز عن ذلك بجميع أنواعه في رأي كان أو فعل، والعاجز عن الاستقلال مع كونه ذا رأي وتدبير في قوة العاجز عن البعض مع القدرة على البعض، وهو خلاف محل البحث.

وثانياً أن الاعتماد على نصب الحاكم أمر خارج عن الوصية، لأنه كما عرفت في قوة نصب وصي لمن لاوصي له بالكلّية، ومحل البحث انما هو وصية الوصي على هذا الوجه الذى لايترتب على وصيته أثر بالكلّية، لأن الوصية الى العاجز الذى يعلم عدم قيامه بشيء مما يوصى به اليه في قوة العدم، ومن المقطوع به عقلاً ان مثل هذا لايصدر عن عاقل، وانما هو فرض ذكروه.

وبالجملة فما ذكروه من الصحة لا أعرف له وجهاً وجيهاً، والمسئلة باقية في قالب الاشكال وللتوقف فيها مجال، والله العالم.

السادسة: قال الشيخ في النهاية: اذا كان للوصي على الميت مال لم يجز له أن يأخذه من تحت يده، إلا ما تقوم له به البينة، وتبعه ابن البراج ونازعه ابن ادريس في ذلك، فقال: هذا خبر واحد أورده (رحمه الله) إيراداً لا اعتقاداً والذى يقتضيه أصول مذهبنا أنه يأخذ من ماله في يده، لأن من له على انسان مال ولا بينة له عليه، ولايقدر على استخلاصه ظاهراً، فله أخذ حقه باطناً، لأنه يكون بأخذ ماله من غير زيادة عليه محسناً لامسيئا، وقد قال الله تعالى (١) « ما على المحسنين من سبيل »، انتهى.

وبما ذكره ابن ادريس صرح الشهيد في الدروس واللمعة، وظاهر المحقق في الشرايع الميل الى ما ذكره الشيخ في النهاية حيث أفتى أولاً بتقييد الجواز بغير اذن الحاكم بما اذا لم يكن له حجة، ثم قال: وقيل يجوز مطلقا. وأنت خبير بأن ظاهر كلام الشيخ هو أنه لا يجوز له الأخذ إلا مع الاثبات بالبينة عند

(١) سورة التوبة ـ الآية ٩١.

الحاكم ، فلو تعذر الاثبات امتنع الأخذ .

وظاهر كلام المحقق ومثله ظاهر كلام العلامة في المختلف هو التوقف على الاثبات لو كان ثمة بينة ، إلا أنه في المختلف جعله الأولى ولو لم تكن له بينة كان له الأخذ من غير توقف على الاثبات ، وهو قول متوسط بين قولي الشيخ حيث أطلق توقف الجواز على البينة ، وقول ابن ادريس حيث جوز الأخذ مطلقاً .

والأصل في هذا الاختلاف ما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) عن بريد بن معاوية (١) في الموثق « عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال : قلت له : ان رجلاً أوصى الي فسألته أن يشرك معي ذا قرابة له ففعل ، وذكر الذي أوصى الي أن له قبل الذي أشركه في الوصية خمسين ومائة درهم ، وعنده رهن بها جام من فضة ، فلما هلك الرجل أنشأ الوصي يدعي أن له قبله اكرار حنطة ، قال : ان أقام البينة ، وإلا فلا شيء له ، قلت له أيحل له أن يأخذ مما في يده شيئاً ؟ قال : لا يحل له ، قلت أرأيت لو أن رجلاً عدا عليه فأخذ ماله ، فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ ، أكان ذلك له ؟ قال : ان هذا ليس مثل هذا » .

وهذه الرواية هي مستند الشيخ فيما ذهب اليه في النهاية ، وهي ظاهرة بل صريحة فيما ذهب اليه من العموم ، وابن ادريس قد اعتمد على الروايات الكثيرة الدالة على جواز الأخذ مقاصة ممن له عليه الدين ، ولم يتمكن من اثباته وأخذه ، كما صرح به ، والامام عليه‌السلام في هذه الرواية قد أشار الى الفرق بين المسئلتين ، لما عارضه الراوي بتلك المسئلة ، وحينئذ فالاستناد الى تلك الأخبار في الحكم ، كما ذكره ابن ادريس مع اشارته عليه‌السلام الى أن هذه المسئلة ليست مثل ذلك مشكل .

ولعل المراد بخروج هذه المسئلة عن تلك القاعدة التي تكاثرت بها الأخبار ،

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٥٧ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٢ ح ٩١٠ ، الفقيه ج ٤ ص ١٧٤ ح ٦١٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٩ ح ١ .

أن هذا الوصي المدعي له شريك في التصرف والتنفيذ ، وهـو الوصي الآخر ، فلا يجوز له التصرف بدونه ، وجواز التصرف للوصي الآخر بحيث يدفع اليه ماادعاه موقوف على الاثبات شرعاً ، لأنه ليس له أن يمكنه بمجرد دعواه ، كغيره ممن يدعي على الميت مالاً ، بل يجب عليه طلب البينة منه واليمين ، كما هو المقرر في الدعوى على الميت ، ولا يكفى هنا مجرد الثبوت في الواقع ، كما في تلك المسئلة ، لأن ذلك مخصوص بما اذا لم يطلع عليه أحد سواه ، فانه يجوز له الأخذ مقاصة ، وعلى هذا فالحكم المذكور مختص بمورد الرواية ، وهو وجود وصيين ، ودعوى أحدهما ليمكن توجيه الفرق بين المسئلتين .

وأمّا على ما ادعاه الشيخ من فـرض المسئلة في الوصي ، وان كان واحـداً وادعى ديناً على الموصي ، فان الظاهر هنا ماذهب اليه ابـن ادريس ، لأن هـذا الفرد أحد أفراد تلك القاعدة التي تكاثرت بها الأخبار ، وقـد تقدم تحقيق الكلام فيها في صدر الفصل الأول في البيع من كتاب التجارة (١) وبذلك يظهر أيضاً مافي فتوى المحقق ، بتوقف جواز أخذ الوصي واستيفاء حقه على الاثبات ان وجدت البينة ، فانه ان كان هـذا مذهبه في تلك المسئلة كما هو أحد القولين فيها فـلا اشكال ، وان كان مذهبه ثمة ، كما هو المشهور من جواز الأخذ مقاصة وان أمكن الاثبات ، فانه لامعنى لهذا الاشتراط هنا ، مع كون هذه المسئلة أحد أفراد تلك القاعـدة .

وبالجملة فالواجب الوقوف على مورد الرواية من وجود وصيين ، أحدهما يدعي المال كما ذكرناه ، فانه أخص من تلك المسئلة ، وأمّا لوكان الوصي متحداً فانه من جملة أفراد تلك المسئلة ، يحكم فيها مايحكم في تلك المسئلة من جـواز الأخذ مقاصة ، كما هو الأشهر الأظهر ، وعلّله في المسالك بأن الغرض كونه وصياً فـي اثبات الديـون ، فيقوم مقام الموصي في ذلك ، والغرض من البينة والاثبات

---

(١) ج ١٨ ص ٣٤٩ .

عندالحاكم جواز كذب المدعي في دعـواه ، فنيطت بالبينة شرعاً ، وعلمه بدينه أقـوى من البينة التي يجوز عليها الخطأ ، ولأنـه بقضاء الدين محسن (١) «وما على المحسنين من سبيل» قال : وبهذا يظهر الفرق بين دين الموصي وغيره ،حيث لايعلم به الوصي ، وعلى تقدير علمه يمكن تجدد البرائة منه ، فلابد من اثباته ، حتى باليمين مع البينة بذلك ، انتهى .

والأولى جعل ذلك وجهاً للنصوص الدالّة على جواز الأخذ والمقاصة للوصي الذي هو أحد أفراد تلك القاعدة ، فانها هي الأصل في اثبات الحكم المذكور .

تذنيـب :

قد ظهر مما قررناه أنه متى كان الوصي متحداً فان الظاهر كما هو المشهور أنه يجوز له استيفاء دينه عملاً بروايات تلك القاعدة المشهورة .

بقي الكلام فيما لو كان الدين لغيره ، وهو عالم به ، بمعنى أنه سمع اقرار الموصي به قبل الموت بزمان لايمكن فيه القضاء ، ويكون المستحق ممن لايمكن في حقه الابـراء ، كالطفل مثلاً والمسجد ونحوهما ، فان ظاهر الأصحاب أن للوصي أداء الدين المذكور ، أمّا لو كان أصحاب الدين كباراً يمكن الابـراء في حقهم ، فلابد من احلافهم على بقائه ، وان علم به سابقا ، إلا أنهم (رضي‌الله عنهم) صرحوا بأنه لايكفي احلاف الوصي إياهم ، إلا اذا كان مستجمعاً لشرائط الحكم ، بمعنى كونه فقيهاً جامع الشرائط ، وصرحوا بأنه ليس للحاكم أن يأذن له في التحليف، بناء على علمه بالديـن ، بل لابد من ثبوتـه عند الحاكم ، لأن الحكم لايجـوز لغير أهله . نعم له بعد ثبوته ـ عنده بالبينة ـ توكيله في احلافهم .

أقول : وعلى هذا تخرج المسئلة عن الاكتفاء بعلم الموصي في جـواز أداء الدين العالم به ، وتبقى ثمرة ذلك في تولية تحليفهم .

(١) سورة التوبة ـ الآية ٩١ .

السابعة : لاخلاف في أن الموصى لوأذن لوصيه بالايصاء ، فانـه يجوز لـه اجماعاً ، وكذا لاخلاف فيما لومنعه ، فانه لايجوز له ، وانما محل الخلاف السكوت عن كل من الأمرين واطلاق الوصية ، فالمشهور المنع ، وأن النظر بعده للحاكم الشرعي ، وهو مذهب الشيخ المفيد وأبي الصلاح وابن ادريس والمحقق والعلامة وغيرهم ، وذهب جمع منهم الشيخ في النهاية وابن الجنيد والقاضي ابن البراج الى الجواز ، والشيخ في النهاية بعد أن قال : بجواز الايصاء .

قال : وقال بعض أصحابنا : أن ليس له أن يوصى الى غيره بما كان يتصرف فيه ، فاذا مات كان على الناظر في أمر المسلمين أن يقيم من ينظر في ذلك ، فان لم يكن هناك امام كان لفقهاء آل محمد عليهم السلام ، وذوى الآراء منهم أن يتصرفوا في ذلك اذا تمكنوا منه ، وان لم يتمكنوا فليس عليهم شيء ، ولست أعرف بهذا حديثاً مروياً .

وقال في الخلاف : اذا أوصى الى غيره وأطلق الوصية ، ولم يقل اذا مت فوصيي فلان ، ولا قال : فمن أوصيت اليه فهو وصيي ،لأصحابنا فيه قولان : المروى أن له أن يوصي الى غيره ، وقال بعض أصحابنا : ليس له أن يوصى فاذا مات أقام الناظر في أمر المسلمين من ينظر في تلك الوصية . . . دليلنا على القولين ، روايات أصحابنا (رضي‌الله عنهم) بجواز الايصاء .

أقول : أنظر الى مادل عليه الكلام الأول من أنه ليس يعرف بهذا حديثاً والى مادل عليه الكلام الاخر ، من أن دليل القولين روايات أصحابنا .

وقال ابن الجنيد والقاضي ابن البراج : وقد روى ابن بابويه في كتابه في الصحيح عن محمد بن الحسن الصفار(١) « أنه كتب الى أبى محمد الحسن بن علي عليهما السلام رجل كان وصي رجل فمات فأوصى إلى رجل آخر هل يلزم الوصي وصية الرجل الذي كان هذا وصيه ؟ فكتب عليه السلام : يلزمه بحقه ، ان كان له قبله حق ان شاءالله

(١) الفقيه ج ص ١٦٨ ح ٥٨٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٦٠ الباب ٧٠ ح ١ .

تعالى » الظاهر أن المراد بالحق هنا حق الايمان .

أقول : أنت خبير بما في الرواية المذكورة من الاجمال ، وتعدد الاحتمال ، والمستدل بها قد استدل بها بناء على ماذكره من تفسير الحق بحق الايمان ، فكأنه عليه‌السلام قال : يلزمه القيام بوصيته ان كان مؤمناً وفاء لحقه ، بسبب الايمان ، فانه يقتضي معونة المؤمن وقضاء حوائجه .

ولايخفى مافيه ، والأقرب في معنى الخبر ماذكره شيخنا في المسالك ، واليه أشار العلامة في المختلف من حمل الحق في الخبر على حق الوصية الى الوصي الأول ، بمعنى أن الوصية تلزم الوصي الثاني بحق الأول ان كان له ، أي للأول قبله ، يعني قبل الوصي الأول حق ، بأن يكون قد أوصى اليه ، وأذن له أن يوصي ، فقد صار له قبله حق الوصية ، فاذا أوصى بها لزمت الثاني ، وهذا الاحتمال ان لم يكن أرجح لاأقل أن يكون مساوياً ، وبه يسقط الاستدلال بالخبر في هذا المجال ، على أن حق الايمان لايختص بهذا الوصي الثاني ، بل يجب على كل مؤمن كفاية ، والكلام في اختصاص هذا الوصي من حيث الوصاية ، لامن حيث جهة المعونة العامة .

وبالجملة فالأصل يقتضي المنع من التعدي الى غير الوصي الأول ، لأن المتبادر من استنابته في التصرف مباشرته بنفسه ، وبموته يسقط ذلك ، وتفويض التصرف الى غيره يحتاج الى دليل ظاهر ، والرواية على ماعرفت من الاجمال ، وتعدد الاحتمال لاتصلح للاستدلال .

فان قيل : ان ما ادعيتموه من أن المتبادر من استنابة الوصي في التصرف مباشرته بنفسه ، ينتقض عليكم بالتوكيل فيما هو وصي فيه ، فان للوصي أن يوكل فيما جرت العادة بالتوكيل فيه ، بل وغيره على ما اختاره في المسالك أيضاً ، فلو اقتضى اطلاق الايصاء المباشرة ، لما جاز التوكيل ، وبعضهم اعتمد على هذا دليلا للقائلين بهذا القول ، فقال : ويدل عليه جواز الوكالة ، فكما جازت الوكالة جاز الايصاء .

والجواب عن ذلك أولاً بأنه يرجع الى قياس الوصاية على الوكالة ، ومع قطع النظر عن كونه قياساً مع الفارق ، غير صحيح على أصولنا معشر الامامية

وثانياً ماذكره شيخنا في المسالك واليه أشار الشهيد قبله في شرح الارشاد من الفرق بين الوكالة والوصاية ، لأن الوكالة على جزئيات مخصوصة ملحوظة بنظره حياً يمضي منها ماوافق غرضه ، ويرد ماخالف ، بخلاف الايصاء الذي لا يحصل أثره إلا بعد الموت ، وفوات نظره ، وأيضاً فان الوصي في حال حياته مالك للتصرف على الوجه المأذون فيه ، ووكيله بمنزلته ، بخلاف تصرف الوصي بعد وفاته ، لزوال ولايته المقصورة بنفسه ، وما في حكمه بموته .

وكيف كان فالظاهر بناء على المشهور أنه يرجع الأمر في تنفيذ وصاية الموصي الأول الى الحاكم ، أو عدول المؤمنين مع عدمه ، كما صرحوا به في غير موضع ، إلا أن الظاهر من عبارة الشيخ المتقدم نقلها عن كتاب النهاية الاختصاص هنا بالامام أو نائبه الفقيه الجامع الشرائط ، ومثلها عبارة الشيخ المفيد أيضاً ، ويمكن تقييدهما بما أشرنا اليه مما صرح به الأصحاب في أمثال هذا الموضع ، كما سيأتي في المسئلة انشاءالله تعالى ، والله العالم .

الثامنة : لاخلاف بين الأصحاب في أنه لو مات ولم يوص الى أحد وكان له تركة وأموال وأطفال ، فان النظر في تركته للحاكم الشرعي ، وانما الخلاف في أنه لو لم يكن ثمة حاكم فهل لعدول المؤمنين تولي ذلك أم لا ؟ الذي قد صرح الشيخ وتبعه الأكثر الأول ، وقال ابن ادريس بالثاني .

قال الشيخ في النهاية : اذا مات انسان من غير وصية كان على الناظر في أمر المسلمين أن يقيم له ناظراً ينظر في مصلحة الورثة ، ويبيع لهم ويشترى ، ويكون ذلك جايزاً فان لم يكن السلطان الذي يتولى ذلك أو يأمر به ، جاز لبعض المؤمنين أن ينظر في ذلك من قبل نفسه ، ويستعمل فيه الأمانة ويؤديها من غير اضرار بالورثة ، ويكون مايفعله صحيحاً ماضياً .

وقال ابن ادريس : والذي يقتضيه المذهب أنه اذا لم يكن سلطان يتولى ذلك فالأمر فيه الى فقهاء شيعة آل محمد عليهم السلام من ذوى الرأي والصلاح ، فانهم عليهم السلام قد ولوهم هذه الأمور ، ولا يجوز لمن ليس بفقيه ان يتولى ذلك بحال، فان تولاه فانه لا يمضى شيء مما يفعله ، لأنه ليس له ذلك بحال ، فأمّا إن تولاه الفقيه مما يفعله ، صحيح جائز ماض ، انتهى .

وتردد المحقق في الشرايع ، والواجب أولاً ذكر ماوصل الينا من الأخبار المتعلّقة بالمقام ، ثم الكلام فيها بما رزق الله فهمه منها بتوفيق الملك العلام وبركة أهل الذكر عليهم السلام .

ومنها مارواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن محمد بن اسماعيل بن بزيع (١) « قال : مات رجل من أصحابنا ، ولم يوص فرفع أمره الى قاضي الكوفة فصير عبدالحميد القيم بماله ، وكان الرجل خلّف ورثة صغاراً ومتاعاً وجواري ، فباع عبدالحميد المتاع فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه في بيعهن اذ لم يكن الميت صير اليه الوصية وكان قيامه فيها بأمر القاضي لأنهن فروج قال : فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام فقلت له : يموت الرجل من أصحابنا ولا يوصي الى أحد ويخلف جواري فيقيم القاضي رجلاً منّا لبيعهن أو قال : يقوم بذلك رجل منّا فيضعف قلبه ، لأنهن فروج ، فماترى في ذلك؟ قال : فقال : اذا كان القيم مثلك ومثل عبدالحميد فلا بأس » .

وما رواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن علي بن رئاب (٢) في الصحيح في بعض طرقه « قال : سألت أباالحسن موسى عليه السلام عن رجل بيني وبينه قرابة ، مات وترك أولاداً صغاراً وترك مماليك وغلمان وجواري ولم يوص فماترى

---

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٠٩ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٤٠ ح ٩٣٢ .
(٢) الكافي ج ٧ ص ٦٧ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٩ ح ٩٢٨ ، الفقيه ج ٤ ص ١٦١ ح ٥٦٤.
وهما في الوسائل ج ١٢ ص ٢٧٠ ح ٢ و ج ١٣ ص ٤٧٤ ح ١ .

فيمن يشتري منهم الجارية يتخذها أم ولد ؟ وما ترى في بيعهم ؟ قال : فقال : ان كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم وكان مأجوراً فيهم ، قلت : فما ترى فيمن يشترى منهم الجارية يتخذها أم ولد ؟ قال : لابأس بذلك ، اذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم وليس لهم أن يرجعوا فيما صنع القيم لهم والناظر لهم فيما يصلحهم » .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن اسماعيل بن سعد الأشعرى (١) في الصحيح « قال : سألت الرضا عليه‌السلام عن رجل مات بغير وصية وترك أولاداً ذكراناً وغلماناً صغاراً ، وترك جوارى ومماليك هل يستقيم أن تباع الجوارى ؟ قال : نعم ، وعن الرجل يصحب الرجل في سفره فيحدث به حدث الموت ، ولا يدرك الوصية كيف يصنع بمتاعه وله أولاد صغار وكبار ؟ أيجوز أن يدفع متاعه ودوابه الى ولده الأكابر أو إلى القاضى ؟ وان كان في بلده ليس فيها قاض كيف يصنع ؟ وان كان دفع المال إلى ولده الأكبر ولم يعلم به فذهب ولم يقدر على رده كيف يصنع ؟ قال : اذا أدرك الصغار وطلبوا فلم يجد بداً من اخراجه ، إلا أن يكون بأمر السلطان ، وعن الرجل يموت بغير وصية وله ورثة صغار وكبار أيحل شراء خدمه ومتاعه من غير أن يتولى القاضي بيع ذلك ، فان تولاه قاض قد تراضوا به ، ولم يستعمله الخليفه أيطيب الشراء منه أم لا ؟ فقال : اذا كان الأكابر من ولده معه في البيع فلا بأس به اذ رضى الورثه بالبيع ، وقام عدل في ذلك » .

وما رواه المشايخ الثلاثة عن سماعة (٢) في الموثق « قال : سألت أباعبدالله عليه‌السلام عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية وله خدم ومماليك وعقد كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث ، قال ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك

(١) الكافـى ج ٧ ص ٦٦ ح ٢ ، التهـذيب ج ٩ ص ٢٣٩ ح ٩٢٧ .
(٢) الكافـى ج ٧ ص ٦٧ ح ٣ ، التهـذيب ج ٩ ص ٢٤٠ ح ٩٢٩ ، الفـقيـه ج ٤ ص ١٦١ ح ٥٦٣ .
وهما فى الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٥ ح ٣ و ص ٤٧٤ ح ٢ .

كلّه فلا بأس .

أقول : لايخفى ان الظاهر من هـذه الأخبار باعتبار ضم بعضها الى بعض ، وحمل مطلقها على مقيدها ومجملها على مفصلها هو ماصرح به الأكثر ، فانه هو الأقرب منها والأظهر .

أمّا صحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع فانه عليه‌السلام قد أجاب فيها (١) « اذا اتفق أن القيم الذي نصبه القاضي مثلك ومثل عبد الحميد يعنى في الوثاقة والعدالة فلا بأس » ومن المعلوم أن نصب القاضي عندنا في حكم العدم ، فمرجع الكلام الى أنه ان تولى ذلك ثقة فلابأس ، وهو أظهر ظاهر في المراد .

أمّا صحيحة علي بن رئاب فالولي فيها مجمل ، يجب حمله على مايدل عليه غيرها من الحاكم الشرعي أو عدول المؤمنين كما عرفت وستعرف ان شاء الله تعالى .

وأمّا صحيحة اسماعيل بن سعد الأشعري فقد دل صدرها على جواز بيع الجواري مع عدم وجود وصي كما هو المفروض في السؤال وهو وان كان مطلقا ، لكن يجب تقييد اطلاقه بتولى العدل لذلك ، كما نبه عليه في آخر السؤال الأخير ، بقوله فلابأس اذا رضي الورثة بالبيع يعنى الكبار منهم ، وقام عدل في ذلك يعنى بالنسبة الى الصغار ، وأظهر من ذلك موثقة سماعة حيث شرط عليه‌السلام في صحة الميراث المذكور قيام ثقة عن الاطفال يقاسم البالغ منهم .

وبالجملة فان الروايات المذكورة ظاهرة في جواز قيام العدل الثقة بذلك ، وأنه بهذه الأخبار مأذون في الدخول ، سواء وجد الامام أم لا ، ولايبعد القول بجواز تولية ذلك أيضاً مع وجود الفقيه الجامع للشرائط ، وان كان ظاهر الأصحاب خلاف ذلك ، لأن القائلين بهذا القول قيدوا ذلك بتعذر الفقيه ، لأنه النائب العام كما تضمنته مقبولة عمر بن حنظلة (٢) ونحوها إلا أنه يمكن أن يقال : انه بهذه الأخبار قد حصل الاذن للثقة العدل منهم عليهم‌السلام بتولى ذلك مطلقاً ،

---

(١) نقـل بالمعنى .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٤١٢ ح ٥ ، الوسـائل ج ١٨ ص ٣ ح ٤ .

كما هو ظاهرها .

وأخبار النيابة موردها كما هو الظاهر من سياقها انما هو الفتوى في الاحكام، والقضاء بين الخصوم ، وأمّا مثل الولاية على طفل أو مال غائب أو نحو ذلك ، فليس في الأخبار مايدل على اختصاصه بالامام أو الفقيه الجامع للشرائط.

نعم ذلك وقع في كلام الأصحاب ، وبذلك يظهر لك مافي كلام ابن ادريس من الضعف والقصور لبنائه على أن الثقة غير مأذون له في الدخول في هذه الأمور .

قال في المسالك : ويستثنى من موضع الخلاف مايضطر اليه الأطفال والدواب من المؤنة ، وصيانة المشرف على التلف ، فان ذلك ونحوه واجب على الكفاية على جميع المسلمين ، فضلاً عن العدول منهم ، حتى لو فرض عدم ترك مورثهم مالاً فمؤنة الأطفال ونحوهم من العاجز عن التكسب واجب على المسلمين من أموالهم كفاية ، كاعانة كل محتاج ، واطعام كل جائع يضطر اليه ، فمن مال المحتاج اليه أولى ، انتهى .

ومرجع كلامه (قدس سره) الى أن هذه الأشياء التى يضطر اليها يجب اخراجها عن محل الخلاف ، بمعنى أنها لايتوقف على وجود الامام أو النائب أو الثقة ، فلو لم يوجد أحد منهم امتنع النظر فيه ، بل يجب ذلك على الكافة وجوباً كفائياً ان لم يوجد أحد من هؤلاء ، وهو جيد .

وقال في المسالك أيضاً · اعلم أن الامور المفتقرة الى الولاية إمّا أن يكون أطفالاً أو وصايا أو حقوقاً أو ديوناً فان كان الأول فالولاية فيهم لأبيه ، ثم لجده لأبيه ، ثم لمن يليه من الأجداد على ترتيب الولاية ، الأقرب منهم الى الميت فالأقرب ، فان عدم الجميع فوصي الأب ، ثم وصي الجد ، وهكذا فان عدم الجميع فللحاكم ، والولاية في الباقي غير الأطفال للوصي ، ثم للحاكم ، والمراد به السلطان العادل أو نائبه الخاص أو العام مع تعذر الأولين ، الى ان قال : فان فقد الجميع

فهل يجوز أن يتولى النظر حينئذ في تركة الميت من يوثق به من المؤمنين ؟ قولان : ثم نقل القولين المتقدمين في المسألة ، ونفى البأس عن القول المشهور ، والله العالم .

التاسعة : لو أوصى بالنظر في مال ولده الى أجنبي وله أب فللأصحاب في ذلك أقوال ثلاثة : أحدها ـ البطلان مطلقا ، لما تقدم في كلام شيخنا الشهيد الثاني من أن ولاية الجد وان علا على الولد مقدمة على ولاية وصي الأب ، وحينئذ فاذا نصب الاب وصياً على ولده المولي عليه مع وجود أبيه أي جد الطفل لم يصح مطلقا ، لأن ولاية الجد ثابتة بأصل الشرع ، فليس للأب نقلها عنه ، ولا جعل شريك له في ذلك .

وثانيها ـ بطلان الولاية زمان ولاية الجد خاصة ، بمعنى أنه لو أوصى الأب الى أجنبي فان ولايته تبطل مادام الجد موجوداً ، وبعد موت الجد تعود الولاية الى الوصي ، لأن ولاية الأب شاملة للأزمان كلها إلا زمان ولاية الجد ، فيختص البطلان بزمان وجوده .

ورد بأن الأب لاولاية له بعد موته مع وجود الجد ، فاذا انقطعت ولاية الأب بموته لم يقع ولاية وصيه ، فاذا مات الجد افتقر عود ولايته ـ لتؤثر في منصب الوصي ـ الى دليل ، اذ الأصل عدم عودها ، فلا تصح في حال حياة الجد ، ولا بعد موته .

ودعوى ـ أن ولاية الأب ثابتة في جميع الأزمان المستقبلة التي من جملتها ما بعد موت الجد ـ غير معلوم ، بل هو محل البحث والنزاع ، كما لا يخفى ، وانما المعلوم انقطاع ولايته بعد موته ، مع وجود الجد بعده ، لاثبوتها بعد موت الجد .

وثالثها ـ صحة الولاية في الثلث خاصة ، لأن له اخراجه عن الوارث أصلاً، فيكون له اثبات ولاية غيره عليه بطريق أولى ، ورد بمنع الولاية بل الملازمة،

فان ازالة الملك يقتضي ابطال حق الوارث منه أصلا ، وهو الأمر الثابت له شرعاً وأمّا بقاءه في ملك الوارث فانه يقتضي شرعاً كون الولاية عليه لمالكه ، أو وليه الثابت ولايته عليه بالاصالة ، فلايكون للأب عليه ولاية بالنسبة اليه أصلا ، ومن ذلك ظهر أن أجود الأقوال الاول ، ونقل الأول والأخير عن الشيخ في المبسوط نقله في المسالك .

العاشرة : اختلف الأصحاب وغيرهم في وقت اعتبار الشروط المعتبرة في صحة الوصاية من الكمال والاسلام والحرية والعدالة ونحوها مما تقدم ، هل هو عند الوصية ؟ أو عند الموت ؟ أو من حين الوصية مستمراً الى أن ينفذها بعد الموت ؟ فقيل : بالأول ، وهو مختار الأكثر ، كما نقله في المسالك ، والمراد باعتبار وجودها حال الوصية بمعنى وجودها قبلها ، ولو بآن ماقضية للشرطية ، فان الشرط يعتبر تقدمه على المشروط .

قالوا : والوجه في هذا القول أن هذه المذكورات شرائط صحة الوصية ، فاذا لم تكن حال انشائها موجودة لم يكن العقد صحيحاً ، لأن عدم الشرط يوجب عدم المشروط كما في شرائط سائر العقود ، ولأنه في وقت الوصية ممنوع من التفويض الى من ليس بالصفات ، والنهي في المعاملات اذا توجه الى ركن العقد دل على الفساد ، ولأنه يجب في الوصي أن يكون بحيث لومات الموصي كان نافذ التصرف ، مشتملاً على صفات الوصاية ، وهو هنا منتف ، لأن الموصي لومات في هذه الحال لم يكن الوصي أهلاً لها .

وقيل : بالثاني وأن المعتبر اجتماعها عند الوفاة ، حتى لوأوصى الى من ليس بأهل ، فاتفق كماله عند الوفاة واستكماله الشرائط صحت الوصية ، لأن المقصود منها التصرف بعد الموت ، فيعتبر اجتماع الشروط حينئذ ، لأنه محل الولاية ، ولاحاجة الى وجودها قبل ذلك ، لانتفاء الفائدة .

وقيل : بالثالث ، وهو الاعتبار من حين الوصية الى حين الوفاة ، والى هذا

القول مال شيخنا الشهيد في الدروس ، حيث قال (عطر الله مرقده) بعد ذكر الشرائط : ثم هذه الشرائط معتبرة منذ الوصية إلى حين الموت ، فلو اختل أحدها في حالة من ذلك بطلت . وقيل : يكفي حين الوصية ، وقيل : حين الوفاة .

قالوا : والوجه في هذا القول ، أمّا حين الوصية ، فلما تقدم في توجيه القول الأول ، وأمّا الاستمرار الى حين الوفاة ، فلأن الوصاية من العقود الجائزة ، فمتى عرض اختلال أحد شرائطها بطلت كنظائرها ، ولأن المعتبر في كل شرط حصوله في جميع أوقات المشروط ، فمتى أخل في اثناء الفعل وجب فوات المشروط إلا ما استثنى في قليل من الموارد بدليل من خارج .

قال في المسالك : وربما يقال : أنه لايستثنى منه شيء لأن ماخرج عن ذلك يدعى أن الفعل المحكوم بصحته عند فوات الشرط ليس مشروطاً به مطلقا ، بل في بعض الأحوال دون بعض ، وهذا أولى ، انتهى .

وقيل : وهو الرابع أن المعتبر وجود الشرائط من حال الوصية الى أن ينتهى متعلّقها بأن يبلغ الطفل ويخرج الوصايا ويقضي الديون وغير ذلك ، لأن اشتراط هذه الأمور يقتضى فوات مشروطها متى فات بعضها في كل وقت ، فلو فرض فوات بعضها بعد الوصية الى قبل انتهاء الولاية بطلت ، قال في المسالك بعد ذكر ذلك : وهذا هو الأقوى .

أقول : مبنى هذه الأقوال كلّها على أن الوصية عقد ، فيجب أن يراعى فيه مايراعى في سائر العقود ومن القواعد المقررة عندهم أن العقد اذا كان مشروطاً بشرط ، فهو عدم عند عدم شرطه ، فهذا العقد اذاكان مشروطاً بكون الموصى اليه معتبراً بهذه الصفات ، فلابد من وجود هذه الصفات ، وإلا لبطل .

بقي الكلام والخلاف في وقت اعتبارها ، هل هوحال الوصية خاصة ، أوعند الوفاة ؟ أو من حين الوصية الى حين الوفاة ؟ أو الى ان ينتهى متعلق الوصاية ؟ وأنت خبير بأن كون الوصية عقد مثل سائر العقود ، فيشترط فيها مايشترط فيها ، وان كان

هو المشهور في كلامهم ، بل ظاهرهم الاتفاق عليه ، إلا أنه لم يقم عليه دليل تركن النفس اليه ، بل ربما ظهر من الأخبار خلافه ، فانهم قد جعلوا أيضاً من جملة الواجبات فيه بناءً على كونها عقداً القبول ، مع أنّا لم نقف فيه على دليل ، بل ربما دل الدليل على خلافه ، وقد تقدم الكلام في ذلك في جملة من مسائل المقصد الأول ، وغاية مايستفاد من الأخبار أن الوصية بالنسبة الى الموصى له لا يخرج عن العطية ، وبالنسبة الى الوصاية لايخرج عن الاذن والاستنابة ، ولاعقد هنا بالكلّية .

فمما يدل على ماقلناه في الوصاية ماتقدم في المسئلة الثانية من خبر علي بن يقطين (١) في « رجل أوصى الى امـرأة وأشرك في الوصية معها صبياً فقال عليه السلام : يجوز ذلك ، وتمضي المرأة الوصية ، ولاتنتظر بلوغ الصبي » الخبر فانه لايدل على أزيد من أن الرجل أمر المرأة بأن تنفذ ماعينه لها فيه ، واستنابها ، وضم اليها الصبي المذكور ، وأي عقد هنا يفهم من هـذا الكلام أو قبول لفظي كما اعتبروه في المقام ، ونحو ذلك صحيحة الصفار المذكورة (٢) ثمة في « رجل أوصى الى ولده وفيهم كبار وصغار أيجوز للكبار ان يمضوا وصيته ، ويقضوا دينه ، قبل أن يدرك الأوصياء الصغار ؟ فوقـع عليه السلام : نعـم » الخبر . فان المتبادر من هـذا الكلام أن الموصـى استناب أولاده ، وأمرهـم واذن لهم في تنفيذ هـذه الوصايا بأن قال : افعلوا كذا و كذا ، فوجب عليهم بعد موته القيام بذلك ، وأي دلالة لهذا الكلام على عقد في المقام ، وعلى هـذا النهج جملة الأخبار ، كما لايخفى على مـن جاس خلال الديار ، فان سموا مثل هذا الأمر والاذن والاستنابة عقداً فلا مشاحة فـي التسمية ، ولكن ماذكروه من ترتب أحكام العقود عليه ممنوع ، وإلا لجرى ذلك في كل من أمر شخصاً بأمر ، وأذن له في فعل .

وبالجملة فانك عرفت في المباحث السابقة أن ما يدعونه من العقد في كثير من تلك المواضع لايخلو من الاشكال أيضاً .

(١) و (٢) الكافـي ج ٧ ص ٤٦ ح ١ و ٢ ، الوسـائـل ج ١٣ ص ٤٣٩ ح ٢ و ص ٤٣٨ ح ١ .

اذا عرفت ذلك وثبت أن غاية ماتدل عليه الأخبار هو الاذن والاستنابة في تنفيذ هذه الأمور الموصى بها .

فنقول : ينبغي أن تكون تلك الشروط محلها وقت التنفيذ ، واعتبارها في ذلك الوقت ، وهذا يرجع الى القول الثاني من الأقوال المتقدمة ، وماطعن به في المسالك - على هذا القول ورده به - من قوله ويضعف بأن الوصاية لما كانت عقداً ولم يحصل شروطها حالة الايجاب وقع العقد فاسداً ، فيه ماعرفت من أنه لادليل على هذا العقد الذي بنوا الكلام عليه في المقام وغيره ، وكلامنا انما هو مبني على عدمه ، فلا يرد علينا ما أورده ، ولعل القائل بهذا القول من أصحابنا أيضاً يمنع كون الوصية عقداً فلا يرد عليه ما أورده ، وهذه الأقوال مع التعليلات التي ذيلت بها كلها المعامة ، كما لايخفى على من راجع كتاب التذكرة ، وغيره من الكتب التي تصدوا فيها لنقل أقوالهم .

وفيها من البعد عن ساحة الأخبار ما لا يخفى على ذوى البصائر والأبصار ، ولأصحابنا في عدد الأقوال في المسئلة اضطراب ، فمنهم من أنها الى أربعة حسبما ذكرناه كشيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، ومنهم من جعلها ثلاثة كشيخنا الشهيد في الدروس وشرح الارشاد ، ومنهم من رجعها الى اثنين خاصة ، كالمحقق والشيخ ، ولكل وجه اعتباري يدفعه ماذكره غيره ، والله العالم .

المقصد السابع في اللواحق :

وفيه أيضاً مسائل : **الاولى** : اختلف الأصحاب (رضي الله عنهم) في منجزات المريض ، والمراد بها المعجلة حال الحياة اذا كانت تبرعاً كالمحابات في المعاوضات من البيع بأقل من ثمن المثل ، والشراء بأزيد منه ، والهبة ، والصدقة ، والوقف ، والعتق ، وبالجملة فما اشتمل على تفويت المال بغير عوض ، كالهبة وما بعدها ، والمحاباة كالأولين ، ونحوهما ، هل يخرج من الأصل أو الثلث ؟ مع الاتفاق على

أنه لو برء ، من مرضه لزم ذلك ، وكان مخرجه من الأصل ، وانما الخلاف فيما لو مات في مرضه ذلك ، فذهب الشيخان في النهاية والمقنعة وابن البراج وابن ادريس الى أنه من الأصل ، وهذا القول هو الظاهر عندي من الأخبار بعد النظر فيها بعين التأمل والاعتبار ، واليه مال بجلة أفاضل متأخري المتأخرين ،كالمحدث الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي ، والفاضل المولى محمد باقر الخراساني في الكفاية ، والمحدث الصالح الشيخ عبدالله بن صالح البحراني (قدس الله أرواحهم) .

وذهب الشيخ في المبسوط ، والصدوق ، وابن الجنيد الى أن ذلك من الثلث وهو المشهور بين المتأخرين ومنشأ الخلاف المذكور اختلاف الأخبار في ذلك واختلاف الأنظار والأفهام في تلك المدارك ، وها أنا أذكر أدلة كل من القولين مذيلاً لها بما تنكشف به ان شاء الله تعالى غشاوة الاشكال ، ويجتمع به على وجه لايعتريه الاختلال مستمداً منه سبحانه افاضة الصواب ، والعصمة من الوقوع في شباك الاضطراب والارتياب .

فأقول : مما يدل على القول الأول وهو الذى عليه القول ، ظاهر قوله عز وجل (١) « فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئا » .

وقد روى الشيخ في الصحيح عن زرارة (٢) « عن أبى عبدالله عليه السلام في حديث قال : فقال : « فان طبن لكم عن شيء منه نفسا » وهذا يدخل فيه الصداق والهبة » .

والتقريب أنه دل باطلاقه على مايشمل الصحة والمرض ، فتكون الآية دالة بمعونة تفسيرها بالخبر المذكور على صحة الهبة في مرض الموت مطلقاً من غير تقييد بالثلث .

ومنها ما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) في الموثق عن عمار

(١) سورة النساء ـ الاية ٤ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٣٠ ح ٣ ، التهذيب ج ٩ ص ١٥٢ ح ٦٢٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٩ ح ١ .

الساباطی (١) « أنه سمع أبا عبدالله عليه السلام يقول : صاحب المال أحق بماله مادام فيه شيء من الروح ، يضعه حيث يشاء » .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن سماعة (٢) « قال : قلت لأبی عبدالله عليه السلام الرجل يكون له الولد أيسعه أن يجعل ماله لقرابته ؟ قال : هو ماله يصنع به مايشاء ، الى أن يأتيه الموت » .

ورواه المشايخ الثلاثة عن أبی بصير (٣) عن أبی عبدالله عليه السلام مثله .

وما قيـل : من احتمال أن يكون المـراد بإتيان المـوت مايشمل حضور مقدماته ، فيشمل مرض المـوت ، فهو من الاحتمالات البـاردة ، والتخريجات الكاسدة كما يكشف عنه تتمته في بعض طرق صاحب الكافي فانه رواه بطريق آخر الى أبی بصير (٤) عنه عليه السلام وزاد فيه « ان لصاحب المال أن يعمل بماله ماشاء مادام حياً ان شاء وهبه ، وان شاء تصدق به ، وان شاء تركه ، الى أن يأتيه الموت ، فان أوصى به فليس إلا الثلث ، إلا أن الفضل في أن لا يضع من يعوله ، ولا يضر بورثته » .

وما رواه في الكافي والتهذيب في الحسن بابراهيم بن هاشم (٥) أو الصحيح على القـول بصحة حديثه ، وهو المختار ، وفاقاً لجمع من علمائنا الأبرار عن أبی شعيب المحاملی عن أبیعبدالله عليه السلام قال : الانسان أحق بماله ما دامت الروح في بدنه » .

---

(١) و (٢) الكافـی ج ٧ ص ٧ ح ١ و ص ٨ ح ٥ ، التهـذيـب ج ٩ ص ١٨٦ ح ٧٤٨ و ص ١٧٨ ح ٧٤٩ ، الفقيـه ج ٤ ص ١٤٩ ح ٥١٧ .

(٣) الكافـی ج ٧ ص ٨ ح ٨ ، التهـذيـب ج ٩ ص ١٨٧ ح ٧٥٠ ، الفـقيـه ج ٤ ص ١٤٩ ح ٥١٨ .

(٤) الكافـی ج ٧ ص ٨ ح ١٠ .

(٥) الكافـی ج ٧ ص ٨ ح ٩ ، التهـذيب ج ٩ ص ١٨٧ ح ٧٥١ .

وهذه الروايات فی الوسائل ج ١٣ ص ٣٨١ ح ٤ و ١ و ٢ و ص ٣٨٣ ح ٨ .

وعن ابراهيم بن أبي بكر السمال الأزدي (١) عمن أخبره « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : الميت أولى بماله ما دام فيه الروح » .

وما رواه في الكافي والفقيه عن مرازم (٢) عن بعض أصحابنا « عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يعطى الشيء من ماله في مرضه ؟ فقال اذا أبان فيه فهو جائز ، وان أوصى به فهو من الثلث » .

أقول : المراد بقوله « أبان فيه » أي ينزه وعزله وسلّمه الى من أعطاه إيّاه ولم يعلّق اعطائه على موته .

وما رواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن عمّار الساباطي(٣) في الموثق « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : الميت أحق بماله ما دام فيه الروح يبين به فان تعدى فليس له إلا الثلث » ، هكذا في الفقيه وبعض نسخ الكافي ، وفي التهذيب عوض « فان تعدى » « فان قال بعدى ، وهو الأنسب ، بقوله يبيّن به ، وفي بعض نسخ الكافي هكذا « قال : قلت له : الميت أحق بماله فيه الروح ويبين به ؟ قال : نعم ، فان أوصى به فليس له إلا الثلث » وهذا هو المناسب .

وما رواه المشايخ المذكورون أيضاً عن عمار بن موسى (٤) الموثق من بعض طرقه « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : الرجل أحق بماله مادام فيه الروح ، ان أوصى به كله فهو جائز له » وهذا الخبر حمله الشيخ بالنظر الى ماتضمنه عجزه تارة على وهم الراوي ، وأخرى على فقد الوارث ، وثالثة على ما اذا أجاز الورثة .

وما رواه في التهذيب في الموثق عن عمار الساباطي (٥) « عن أبي عبدالله عليه السلام

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٧ ح ٣ ، التهذيب ج ٩ ص ١٨٧ ح ٧٥٢ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٨ ح ٥ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٩ ح ٥١٩ .

(٣) و (٤) الكافي ج ٧ ص ٨ ح ٧ و ص ٧ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ١٨٨ ح ٧٥٦ و ص ١٨٧ ح ٧٥٣ ، الفقيه ج ٤ ص ١٣٧ ح ٤٧٧ و ص ١٥٠ ح ٥٢٠ .

(٥) التهذيب ج ٩ ص ١٩٠ ح ٨٦٤ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٨١ ح ٣ و ص ٣٨٢ ح ٦ و ٧ و ٥ و ص ٣٨٣ ح ١٠ .

في رجل يجعل بعض ماله لرجل في مرضه ؟ قال : اذا أبانه جاز » .

هذا ماحضرني من أدلّة القول المذكور ، وهي كما ترى على ماقلناه ظاهرة الدلالة تمام الظهور ، لايعتريها فتور ولاقصور .

وأمّا مايدل على القول الآخر ، فمنه رواية علي بن عقبة (١) « عن الصادق عليه السلام في رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره ، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه ؟ قال : مايعتق منه إلا ثلثه ، وسائر ذلك، الورثة أحق بذلك ، ولهم مابقي » .

وموثقة سماعة (٢) « قال : سألته عن عطية الوالد لولده ؟ فقال أمّا اذا كان صحيحاً فهو له يصنع به ماشاء فأمّا في مرض فلا يصلح » .

وصحيحة الحلبي (٣) « قال : سئل أبوعبدالله عليه السلام عن المرأة تبرء زوجها من صداقها في مرضها ؟ قال : لا » .

وموثقة سماعة (٤) « قال : سألته عن الرجل يكون لامرأته عليه الصداق أو بعضه فتبرءه منه في مرضها ؟ قال : لا ولكنها ان وهبت له جازما وهبت له من ثلثها » .

ورواية أبي ولاد (٥) « قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين فتبرءه منه فيمرضها ؟ قال: بل تهبه له فتجوز هبتها له ، ويحسب ذلك من ثلثها ان كانت تركت شيئاً » .

وصحيحة علي بن يقطين (٦) « قال : سألت أباالحسن عليه السلام ما للرجل من ماله عند موته ؟ قال : الثلث والثلث كثير » .

---

(١) و (٢) و (٣) و (٤) و (٥) و (٦) التهذيب ج ٩ ص ١٩٤ ح ٧٨١ وص ٢٠٠ ح ٨٠٠ وص ٢٠١ ح ٨٠٢ و ٨٠٣ وص ١٩٥ ح ٧٨٣ وص ٢٤٢ ح ٩٤٠ .
وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٥ ح ٤ وص ٣٨٤ ح ١١ و ١٥ و ١٦ وص ٣٦٧ ح ١١ وص ٣٦٣ ح ٨ .

وصحيحة يعقوب بن شعيب (١) «قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يموت ماله من ماله ؟ قال : له ثلث ماله ، وللمرأة أيضاً» .

ورواية عبدالله بن سنان (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : للرجل عند موته ثلث ماله ، وان لم يوص فليس على الورثة امضاءه» .

هذا ماحضرني من الأخبار التي استدلوا بها لهذا القول ، وأنت خبير بأن ترجيح أخبار القول الأول ظاهر من وجوه : أحدها ـ اعتضادها بظاهر القرآن بالتقريب الذي قدمنا ذكره ، وهوأحد المرجحات الشرعية التي دلّت عليها مقبولة عمر بن حنظلة (٣) وغيرها من عرض الأخبار عند الاختلاف على القرآن ، والأخذ بما وافقه وطرح ماخالفه .

وثانيها ـ أن أخبارنا مخالفة للعامة ، وأخبار الخصم موافقة لهم ، كما نبّه عليه كثير من أصحابنا من أن أكثر العامة على القول بمضمون الأخبار الأخيرة ، ومن أخبارهم في هذه المسئلة مانقله شيخنا في المسالك عن صحاحهم (٤) «من أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد في مرضه لامال له غيرهم ، فاستدعاهم النبي (صلّى الله عليه وآله وسلّم) ، وجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة ، قال (قدس سره) : وعلى هذه الرواية اقتصر ابن الجنيد في كتابه الأحمدى ، وهذه القاعدة أيضاً أحد القواعد المنصوصة عنهم (صلوات الله عليهم) في مقام الترجيح بين الأخبار في مقام الاختلاف .

ولكن أصحابنا (رضوان الله عليهم) كما قدمنا ذكره في غير موضع ولاسيما في كتب العبادات قد ألغوا العمل بهذه القواعد المنصوصة عن ائمتهم (صلوات الله

(١) و (٢) التهذيب ج ٩ ص ١٩١ ح ٧٧٠ و ص ٢٤٢ ح ٩٣٩ .
(٣) الكافي ج ٧ ص ٤١٢ ح ٥ .
وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٢ ح ٢ و ص ٣٦٣ ح ٧ و ج ١٨ ص ٣ ح ٤ .
(٤) المسالك ج ١ ص ٤٢٤ ، المستدرك ج ٢ ص ٥٢١ الباب ١٦ ح ٣ .

عليهم) واتخذوا لهم قواعد لادليل عليها ، ولامستندلها من الجمع بين الأخبار بحمل الأمر على الاستحباب ، والنهي على الكراهة ، وجعلوا ذلك قاعدة كلّية في جميع أبواب الفقه ، وان عارضتها تلك القواعد المنصوصة كما لايخفى على المتتبع لكلامهم في الخائض في بحور نقضهم وابرامهم .

وثالثها ـ أن مااستدللنا به من الأخبار صريح الدلالة على المطلوب والمراد ، عار عن وصمة الطعن والايراد ، ولهذا ان متأخرى أصحابنا القائلين بالمشهور بينهم انما يتيسر لهم الطعن في أسانيدها ، بناء على هذا الاصطلاح المحدث ـ وعلى هذا فمن لايرى العمل به ـ كما هو الحق الحقيق بالاتباع حسبما جرى عليه متقدمو علمائنا للصدور عنهم ، والاتباع ـ فلامجال للطعن بذلك عنده ، على أنك قد عرفت أن فيها الصحيح والموثق ، وهم قد عملوا بالموثقات في مواضع لاتحصى ، وغمضوا العين عن مخالفة اصطلاحهم .

وبالجملة فانك قدعرفت أنه لامسرح للطعن في دلالتها ، بخلاف أخبارهم ، فانها غيرخالية عن الاجمال ، المانع من الاستناد اليها في الاستدلال ، كما سيأتيك بيانه انشاءالله تعالى في المقام .

ورابعها ـ اعتضاد أخبارنا بالاجماع على صحة التصرف المدلول عليه بقوله (صلّىاللهعليه وآله وسلّم) (١) «الناس مسلطون على أموالهم» خرج منه ماخرج من التصرف المعلّق على الموت بدليل ، وبقي الباقي لعدم الدليل الناص على الخروج كما سيظهر لك ان شاء الله تعالى .

وخامسها ـ اتفاق القائلين من الطرفين على لزوم التصرف لو برء عن مرضه ، وأنه ينفذ من الأصل ، وهذا لاوجه له على القول الآخر ، إلا باعتبار أن يكون صحيحاً غير لازم ، موقوفاً على الاجازة من الوارث ان مات ، فيكون البرء كاشفاً عن الصحة واللزوم واجازة الوارث ، وعدمها كاشفاً عن اللزوم وعدمه ، حسبما

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧ .

قالوه في بيع الفضولي .

وأنت خبير بأنه وان اشتهر ذلك في كلامهم ، وبنوا عليه في نقضهم وابرامهم، إلا أنّا لم نظفر له بدليل في امثال هذه المقامات ، إلا على وجوه اعتبارية لاتصلح أن تكون مستندا في الأحكام الشرعية ، كما حققنا ذلك بما لامزيد عليه فيما تقدم في مسئلة البيع الفضولي من كتاب البيع (١) حيث إن المشهور بينهم صحته لوجوه اعتبارية ، لفقوها وتخريجات وهمية صوروها ، مع أن الأخبار تردها وتمنعها كما أوضحنا ذلك في الموضع المشار اليه بأوضح بيان ، لم يسبق اليه أحد من علمائنا الأعيان ، ويزيده تأكيداً أنه لايخفى أن مقتضى الأدلة كتاباً وسنة هو وجوب الوفاء بالعقود ، وترتب أثرها عليها من جواز التصرف بجميع أنواع التصرفات ، وابطال ذلك يحتاج الى دليل قاطع ، ليمكن الخروج به عن الدليل الأول ، فما خرج بدليل وجب الوقوف فيه على مااقتضاه الدليل ، ومالم يقم عليه دليل من كتاب وسنة فهو باق على مقتضى الدليل الأول وحينئذ فلزوم التصرف بعد البرء في موضع النزاع كما وقع عليه الاتفاق ، انما نشأ من لزوم الوصية أولا في حال المرض ، كما ندعيه ، الا انه انما وقعت الوصية صحيحة غير لازمة كما يدعونه ، حتى فرعوا عليه هذا القول .

وسادسها ـ ماتقدمت الاشارة اليه من عدم صلوح هذه الروايات لمعارضة ماذكرناه من الأخبار ، لما فيها من الاجمال ، بل الاختلال في جملة منها ، والاعتلال الموجب لسقوطها عن درجة الاستدلال ، وها نحن نشير الى تلك الأخبار على التفصيل .

فمنها رواية علي بن عقبة ، وهي أوضح أدلة القائلين بذلك القول المشهور ، وأظهر الوجوه فيها عندي هو الحمل على التقية ، لمطابقتها كما عرفت للرواية العامية ، وتعارضها على الخصوص ، بما رواه في الفقيه عن هارون بن مسلم عن

(١) ج ١٨ ص ٣٧٦ .

مسعدة بن صدقه (١) «عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام أن رجلاً من الأنصار توفي وله صبية صغار، وله ستة من الرقيق، فأعتقهم عند موته، وليس له مال غيرهم، فأتي النبي (صلّى الله عليه وآله وسلّم) فأخبر فقال: ماصنعتم بصاحبكم؟ قالوا: دفناه قال: لوعلمت، مادفناه مع أهل الاسلام، ترك ولده يتكففون الناس».

وظاهر الخبر نفوذ الوصية حيث لم يحكم (صلّى الله عليه وآله وسلّم) بتخصيص الصحة بالثلث، كما تضمنه خبر علي بن عقبة، وكذا الخبر العامي، بل حكم بصحتها، حيث ذمه «بأنه ترك ولده يتكففون الناس» أي يسألونهم بأكفهم، فلولا الحكم بصحتها لما كان لهذا الكلام معنى، والخبر إمّا محمول على الكراهة المؤكدة كما ظاهر من كلام الأصحاب، واليه يشير قوله عليه السلام في رواية سماعة المتقدمة برواية صاحب الكافي «إلا أن الفضل في أن لايضيع من يعوله، ولا يضر بورثته»، أو التحريم، ولا ينافيه نفوذ الوصية، كما صرح به المحدث الكاشاني في الوافي.

وكيف كان فالخبر المذكور من الأخبار الدالة على ماذكرنا، وان لم نذكره فيما سبق.

واحتمل في المسالك أيضاً حمل رواية علي بن عقبة على الوصية، قال: لأن حضور الموت قرينة منعه من مباشرة العتق، ويجوز نسبة العتق اليه لكونه سببه القوي بواسطة الوصية، قال: وهذا وان كان بعيداً، إلا أنه مناسب، حيث لم يبق للرواية عاضد، انتهى.

ولا يخفى مافيه، وما ذكرناه من الحمل على التقية هو الأظهر، لكنهم (رضي الله عنهم) حيث لم يلتفتوا الى هذه القواعد في الجمع بين الأخبار، كما قدمنا ذكره، اضطروا الى مثل هذه التخريجات البعيدة.

ثم إنه على تقدير تسليمها فموردها خاص، والمدعى أعم من ذلك، ودعوى

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٣٧ ح ٤٧٨، الوسائل ج ١٣ ص٣٨٣ ح ٩.

الأولوية ممنوعة ، بل هو قياس محض ، وعدم القائل باختصاص الحكم به لا يسوغ قياس غيره عليه .

ومنها موثقة سماعة الأولى وفي معناها رواية جراح المدايني ، وأول مافيهما أنه لاقائل بهما على ظاهرهما ، لأن ظاهرهما المنع من عطية الوالد لولده في المرض مطلقاً ، زاد على الثلث أم لا ، بل بلغ الثلث أو لم يبلغ ، والحمل على معناه أنه لايصلح من الأصل ، بل يصلح من الثلث ، وان كان صحيحاً في حد ذاته ، إلا أنه بعيد من سياق الخبرين ، اذ لايعتبر في شيء من الخبرين للأصل والثلث ، وانما السؤال عن العطية بقول مطلق ، فاجاب عليه‌السلام « أنه في حال الصحة يفعل مايشاء ، وفي حال المرض فليس له ذلك » .

والثاني ـ انهما أخص من المدعى ، فلاينهضان حجة على العموم .

الثالث ـ احتمال حمل العطية في المرض على الوصية ، ولعلّه الأقرب للاعتبار ، ليحصل به الجمع بين الأخبار ، بمعنى أنه حينئذ أنه لايوصى له بمازاد على الثلث ، وأمّا في الصحة فان له أن يعطيه ماله جميعاً ، ويبينه به ، والشيخ في التهذيبين حمل حديث سماعة المذكورة تارة على الكراهة ، لأنه اضرار بسائر الورثة وايحاش لهم ، وأخرى على ما اذا لم يكن على جهة الوصية ، بل يكون هبة من غير ابانة وتسليم ، واعترضه المحدث الكاشاني في الوافي ، فقال : التأويل الأول ينافيه مامر من تحريم الاضرار ، والثاني ينافيه قوله مع اشتراط الجواز بالصحة ، بينه في حديث جراح ، بل سائر مابعده من أخبار هذا الباب ، فان الابراء وهبة مافي الذمة لايفتقران الى الابانة ، فالصواب أن تحمل هذه الأخبار على ظواهرها ، ويخص المنع من العطية في المرض بمورده أعني الوارث ، وسره ماذكره في التهذيبين من الايحاش ، فان فعل حسبت من الثلث ، كما تدل عليه الأخبار الأخيرة ، انتهى .

أقول : فيه أولاً أن ماذكره الشيخ من تأويل رواية سماعة بحمل المنع

من عطية الولد في المرض على الكراهة جيد ، لابأس به .

قوله « أنه ينافيه مامر من تحريم الاضرار » اشارة إلى ماقدمنا نقله عنه من جملة حديث مسعدة بن صدقة الدال على قوله (صلّى الله عليه وآله وسلم) مادفناه مع أهل الاسلام على تحريم العتق ، كذلك مردود ، بأن الظاهر انما هو حمله على تأكيد الكراهة ، كما يشير اليه خبر سماعة الذي أشرنا اليه ثمة وقوله عليه السلام فيه « إلا أن الفضل أن لايضيع من يعوله ، ولايضر بورثته » فان الخبر صريح في كراهية الاضرار ، دون التحريم الذي توهمه ، وكم لهم عليهم السلام من المبالغة في النهي عن المكروهات مايلحقها بالمحرمات ، والأمر بالمستحبات مما يدخلها في حيز الواجبات كما لايخفى على الفطن البصير ، ولاينبئك مثل خبير .

وثانياً ـ أن تخصيصه هذه الأخبار بمعنى المنع من العطية في المرض بالوارث ، مردود بما قدمناه من تكاثر الاخبار واتفاق الاصحاب على جواز الوصية للوارث ، وعطيته في المرض ، وأن المنع من ذلك انما هومذهب العامة ، كما تقدم في المسألة الثانية من المقصد الخامس ، وتقدم أن مادل على خلاف ذلك فهو محمول على التقية .

وثالثاً ـ أنه مع تسليم ماذكره من تخصيص المنع من العطية في المرض بالوارث ، ففيه أن اثبات حكم كلّي بورود ذلك في جزئي خاص سيما مع عدم الصراحة كما عرفت لايخلو من الاشكال .

ورابعاً ـ أنه اذا كان متى فعل ، صح وحسب من الثلث ، فأي اختصاص بالمنع بالوارث ، اذ الاحتساب من الثلث مما لا نزاع فيه ، لوارث كان أو أجنبي ، فلا يظهر لمنع الوارث هنا وجه .

وبالجملة فان كلامه هنا لا يخلو عندي من النظر الظاهر ، للخبير الماهر

ومنها صحيحة الحلبي (١) وما في معناها من موثقة سماعة الثانية (٢)، ورواية أبي ولاد (٣) وأول مافيها ماذكره شيخنا في المسالك من أن مضمونها لايقول به أحد، لأن الابراء مما في الذمة صحيح بالاجماع، دون هبته، فالحكم فيها بالعكس، فكيف يستند الى مثل ذلك.

الثاني ـ أنها أخص من المدعى فلا تنهض حجة على العموم.

الثالث ـ معارضتها بظاهر الآية المفسرة في صحيحة زرارة (٤) بالصداق، وأنه متى طابت نفسها عنه بابراء أو هبة حل له في مرض كان أوصحة زاد على الثلث أو نقص، كل ذلك لاطلاق الآية، والخبر المذكور، فان قيل: ان اطلاق الآية والخبر المفسر لها يجب تخصيصه بهذه الأخبار، قلنا: هذه الأخبار حيث كانت معلومة بما عرفت من المنع من جواز الابراء الذي لاخلاف ولا اشكال في جوازه، يشكل الاعتماد عليها في التخصيص، سيما ان الآية والخبر المذكورين قد اعتضدا بالأخبار الكثيرة المتقدمة في أدلّة القول الأول، فالتخصيص لهما تخصيص للجميع، وهذه الأخبار للعلّة المذكورة مع خصوص موردها كما عرفت يضعف عن تخصيص الجميع.

وأمّا ماتكلّفه جمع من متأخرى مشايخنا (رفع الله أقدارهم) في الجواب عن الطعن الأول في هذه الروايات، بالحمل على أنه عليه‌السلام كان يعلم أن حق المرأة لم ينتقل الى ذمة الرجل، وانما كان عيناً موجودة، فلأجل ذلك منع من الابراء الذي لايقع إلا على مافي الذمة، وأمر بالهبة، فلا يخفى مافيه، على الفطن النبيه، من التكلّف والتعسف الذي يدركه كل ناظر ويعيه، على أن هذا الاحتمال إنما ذكروه في رواية سماعة، وغاية امكانه، قصره على قضية واحدة، مع أن رواية

(١) و (٢) و (٣) و (٤) التهذيب ج ٩ ص ٢٠١ ح ٨٠٢ و ٨٠٣ و ص ١٩٥ ح ٧٨٣ و ص ١٥٢ ح ٦٢٤.

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٤ ح ١٥ و ١٦ و ص ٣٦٧ ح ١١ و ص ٣٣٩ ح ١.

أبي ولاد قد تضمنت الديـن ، ووقع الجواب فيها بهذا التفصيل ، فكيف يكـون المراد بذلك العين الخارجة في الذمة خاصة .

ومنها صحيحة علي بن يقطين ونحوها صحيحة يعقوب بن شعيب ، ورواية عبدالله بن سنان ، والظاهر من الجميع هو الحمل على مابعد الموت ، أمّا صحيحة يعقوب بـن شعيب فهي كالصريحة في ذلك ، حيث قال : الرجل يموت فماله مـن ماله ؟ أي بعد موته ، فلاوجه حينئذ للاستدلال بها على المنجزات ، كما هومحل البحث ، وقريب منها الروايتان الأخريان لقوله « عندموته » .

وبالجملة ان لم يكن ماذكرنا هـو الأظهر ، فلا أقل لأن يكون مساوياً في الاحتمال ، وبه يسقط الاستناد اليها في الاستدلال ، ويؤيد ماذكرناه من الحمل على الوصية ، تكرر هذا المعنى في الأخبار ، ودلالتها على أن غاية ما للميت الوصية به من ماله هو الثلث . وقد تقدمت ، ولعل وجه الحكمة في منع الشارع له مـن الزيادة على الثلث في الوصية التي يكون تنفيذها بعد الموت ، وتجويز التصرف له في حال مـرضه في ماله مطلقاً ، وان يفعل مايشاء ، ويعطيه ويبينه لمن يشاء ، كما صرحت بـه أخبار القول الأول ، هـو أن المال بعد الموت لما ينتقل الى الورثـة ، ويخرج عـن ملكه وتصرفه ، فانه يسهل على النفس السخاء بـه ، والجود بـه لمن يشاء ، فمن أجل ذلـك اقتضت الحكمة الربانية منعه مـن الزيادة في الوصية على الثلث ، خـوف الاضرار بالورثة ، والتعـدي عليهم ، بل صرحت بكراهة الوصية بالثلث ، رعاية لهم هذا مع حفظه له ، وشحه بـه وحرصه عليه ، وهـذه الحكمة ليست حاصلة في الحي ، وان كان مـريضاً ، فان البـرء ممكن ، والشح بالمال فـي الجملة حاصل ، فيكون كتصرف الصحيح في ماله ، لافي مال غـيره ، وتوهـم كون حال المرض في معرض أن يكون للورثـة بخلاف الصحيح مطلقاً ممنوع ، فـرب مريض عاش ، وصحيح عجل به الموت ، كما هو المشاهد بالوجدان في غير زمان ولا مكان .

وبالجملة فان التصرف في الصورة الأولى لما كان بعد زمان الموت الذي ينتقل فيه المال الى الوارث صار كأنه تصرف في مال الوارث ، فمنع منه ، والتصرف في الصورة الاخرى لما كان في الحياة ولا تعلّق له على الموت ، كان كتصرف الصحيح في ماله ، يفعل به مايشاء .

وبما شرحناه يظهر لك أن أكثر هذه الأخبار غير ظاهرة الدلالة ، وما ربما يظهر منه ذلك فسبيله الحمل على التقية التي هي الأصل في اختلاف الأخبار ، وأمّا روايات القول الأول الذي عليه المعول ، فهي جميعاً صريحة الدلالة ، واضحة المقالة ، لامجال للطعن في دلالتها بوجه من الوجوه ، نعم بناء على هذا الاصطلاح المحدث الذي قد عرفت أنه لا أصل له ، ولا دليل عليه ، بل الأدلّة على بطلانه لمن نظر بعين الانصاف ورجع اليه ، اتجه لأصحاب هذا الاصطلاح الطعن فيها بضعف السند ، مع أنك قد عرفت أن فيها الصحيح ، ومن أجل ماقلنا توقف شيخنا الشهيد الثاني في المسالك بعد البحث في المسئلة في ترجيح أحد القولين ، وتبعه المحدث الكاشاني في المفاتيح ، كما هي عادته فيه غالباً ، فقال في المسئلة المذكورة : وفي منع المريض من التبرعات المنجزة التي لاتستلزم تفويت المال على الورثة من غير عوض زيادة على الثلث من دون إذنهم أو اجازتهم قولان : وفي الأدلة من الجانبين نظر ، إذ ماصح سنده غير دال ، وما هو دال غير صحيح السند ولامعتبر ، إلا موثق في طرف الجواز ، مؤيد بالاصل ، وهو أن صاحب المال أحق بماله مادام حيّاً ، ولكنه معارض بالأكثرية والأشهرية ، انتهى .

وبالجملة فان من لايرى العمل بهذا الاصطلاح المحدث ، وانما عمله على الاصطلاح القديم في الحكم بصحة جميع الأخبار ، فانه لا يرتاب ولايشك في صحة ما اخترناه .

تذنيب :

ممن اختار القول المشهور بين المتأخرين العلامة في المختلف ، واحتج عليه برواية علي بن عقبة ، ورواية أبي ولاد وصحيحة علي بن يقطين المتقدم جميعه في المقام .

ورواية علي بن أبي حمزة عن أبي بصير (١) « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ان اعتق رجل عند موته خادماً له ، ثم أوصى بوصية أخرى الغيت الوصية ، واعتقت الجارية من ثلثه ، إلا أن يفضل من ثلثه مايبلغ الوصية » .

واستدل أيضاً بصحيحة زرارة (٢) « عن الصادق عليه السلام قال : اذا تـرك الدين عليه ومثله أعتق المملوك ، واستسعى » .

ورواية حفص بن البختري (٣) ورواية الحسن بن الجهم (٤) الدالتين على مادلت عليه صحيحة زرارة المذكورة .

وهذه الروايات وأمثالها قد تقدمت في المسئلة السادسة فيما اذا كان على الانسان دين ، فأعتق مملوكه الذي ليس له سواه منجزاً ، من المقصد الخامس في الموصى له ، ثم احتج ببعض الأدلة الأعتبارية كما هي قاعدتهم الى أن قال : احتج المخالف بأنه مالك تصرف في ملكه ، فكان سايغاً ماضياً كالصحيح ، والجواب المنع من الملازمة ، والقياس باطل في نفسه ، والفرق ظاهر ، انتهى .

أقول : انظر الى هذه المجازفة الظاهرة في عدم استدلاله للقول المذكور بشيء من تلك الروايات المتعددة الصريحة مع كثرتها ، كما عرفت ، وانما أورد هذا التعليل الاعتباري ورده بما ذكره ، وهو عجب من مثله (قدس سره) فان كان ذلك عن عدم اطلاع على شيء من تلك الأخبار فهو عجيب من مثله ، وان كان

(١) الكافي ج ٧ ص ١٧ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ١٩٧ ح ٧٨٦ .
(٢) و (٣) و (٤) التهذيب ج ٩ ص ١٦٩ ح ٦٨٨ و ٦٨٩ و ٦٩٠ .
وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٥ ح ٦ وص ٤٢٢ ح ٢ و ١ وص ٤٢٣ ح ٤ .

مع الاطلاع عليها فهو أعجب ، ومن نظر في كلامه هذا ورأى الأخبار الدالّة على القول الذي اختاره ، ولم ير في مقابلتها إلا هذا التعليل العليل ، فانه لا يعتريه الشك في تقليده ، والحزم بما ذكره . وأمّا الروايات التي استدل بها فقد عرفت الجواب عن جملة منها .

بقي الكلام فيما استدل به من صحيحة زرارة وروايتي الحفص والحسن بن الجهم وأمثالها مما قدمنا ذكره في المسئلة ، فانه لا ريب في دلالتها على ماذكره ، إلا أنا قد قدمنا في تلك المسئلة أن وجه الجمع بين هذه الأخبار وبين الأخبار التي استندنا اليها هنا في الدلالة على ما أخترناه من خروج المنجزات من الأصل ، هو العمل بتلك الأخبار ، لأنها أخص فيخصص بها عموم هذه الأخبار واطلاقها ، لأن مورد تلك الأخبار العتق مع الدين المزاحم له ، فيجب العمل فيها بما دلّت عليه تلك ، ويجب الوقوف فيه على مادلّت عليه اخبار هذه المسئلة .

وأمّا روايه أبى بصير التي استدل بها ، فالجواب عنها ماعرفت في الجواب عن رواية علي بن عقبة ، ولنا بناء على اصطلاحهم رد هذه الرواية وأمثالها من رواية علي بن عقبة وغيرهما مما ليس بصحيح باصطلاحهم بضعف الاستناد ، الزاماً لهم باصطلاحهم ، فلا تقوم لهم بها حجة علينا كما لا يخفى ، والله العالم .

المسئلة الثانية : اختلف الأصحاب (رضوان الله عليهم) في اقرار المريض اذا مات في مرضه على أقوال : أحدها ـ أنه ينفذ من الأصل مطلقاً ، من غير فرق بين اقراره في حال مرضه ، أو صحته ، وهو مذهب سلار حيث قال : من كان عاقلاً يملك أمره فيما يأتي ويذر ، فاقراره في مرضه كاقراره في صحته ولم يفرق بين الدين ولا العين ، ولا بين الوارث ولا الأجنبى ، ولا بين أن يكون المقر متهما في اقراره أو غير متهم ، وهو اختيار ابن ادريس .

وثانيها ـ أنه من الأصل أيضاً لكن بشرط عدالة المقر ، وانتفاء التهمة ، لوارث كان الاقرار أو لأجنبى ، ومن الثلث مع انتفاء أحد القيدين ، وهو مذهب

الشيخين وابن البراج، والمحقق في الشرايع، والشهيد الثاني في المسالك، وسبطه السيد السند في شرح النافع، والمحدث الشيخ بن الحسن الحر العاملي في الوسائل وغيرهم، بل صرح في المسالك أنه مذهب المحقق في النافع.

حجة القول الأول كما ذكروه عموم (١) «اقرار العقلاء على انفسهم جايز» ولأنه باقراره يريد ابراء ذمته من حق عليه في حال الصحة، ولايمكن التوصل اليه إلا بالاقرار، فلولم يقبل اقراره بقيت ذمته مشغولة، وبقي المقر له ممنوعاً من حقه، وكلاهما مفسدة، واقتضت الحكمة قبول قوله.

وأنت خبير بما فيه من امكان المناقشة وتطرق البحث اليه، أمّا الحديث المذكور فانه يخص عمومه بالأخبار الآتية الدالّة على أنه مع التهمة وعدم العدالة لاينفذ اقراره.

وأمّا التعليل الآخر ففيه، الاقرار كما يحتمل أن يكون لما ذكره من ارادة ابراء ذمته، وأن ذمته مشغولة واقعاً، كذلك يحتمل أن يكون قصده من الاقرار مجرد حرمان الوارث ومنعه، وان ذمته غير مشغولة، كما تشير الى ذلك الأخبار الآتية المصرحة باشتراط نفي التهمة، وكونه مرضياً، والاستدلال المذكور مبني على الاحتمال الأول، وهو غير متعين، سيما مع دلالة الأخبار المذكورة على ما ذكرناه.

وبالجملة فترجيح أحد الاحتمالين على الآخر ليمكن التفريع عليه والبناء على مايقتضيه يحتاج الى دليل، وليس فليس.

وأمّا القول الثاني فيدل عليه أمّا بالنسبة الى الوارث فصحيحة منصور بن حازم (٢) «قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً، فقال: ان كان الميت مرضياً فاعطه له. وموثقة أبي أيوب (٣) «عن أبي

(١) الوسائل ج ١٦ ص ١٣٣ الباب ٣ ح ٢.
(٢) الكافي ج ٧ ص ٤١ ح ٢.
(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٦٠ ح ٦٥٧.
وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٦ ح ١ و ص ٣٧٨ ح ٨.

عبدالله عليه السلام في رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً فقال : ان كان الميت مرضياً فأعطه الذي أوصى له ، وأمّا بالنسبة الى الأجنبي ، فصحيحة ابن مسكان عن العلا بياع السابري (١) « قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلاً مالاً فلما حضرها الموت قالت له : ان المال الذي دفعته اليك لفلانة ، وماتت المرأة ، فأتى أولياءها الرجل ، فقالوا له : أنه كان لصاحبتنا مال ، لا نراه إلا عندك ، فأحلف لنا ماقبلك شيء ، أفيحلف لهم ؟ فقال : ان كانت مأمونة عنده فيحلف لهم ، وان كانت متهمة فلايحلف ، ويضع الأمر على ما كان ، فانما لها من مالها ثلثه » .

وأمّا القول الثالث فيدل عليه بالنسبة الى الاقرار للأجنبي ، وأنه من الثلث ، صحيحة ابن مسكان (٢) عن العلا المتقدمة ، وأما بالنسبة الى الوارث ، وأنه من الثلث مطلقاً ، فاستدل عليه بصحيحة اسماعيل بن جابر (٣) « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أقر لوارث له وهو مريض بدين قال : قال . يجوز عليه اذا أقر به دون الثلث » وقوى جماعة منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، وسبطه السيدالسند في شرح النافع ، حمل الرواية المذكورة وما اشتملت عليه من اعتبار الثلث على حالة التهمة جمعاً بينها ، وبين صحيحة منصور المتقدمة .

وزاد في المسالك احتمال أن نفوذه كذلك بغير قيد ، وهو لاينافي توقف غيره عليه ، قال : مع أن ظاهرها غير مراد ، لأنه اعتبر نقصان المقربه عن الثلث ، وليس ذلك شرطاً اجماعاً ، انتهى .

أقول : بل الوجه هو الأول الذي يحصل به الجمع بينها وبين الصحيحة المشار اليها ، والرواية التي معها .

واحتمل بعض مشايخنا (عطر الله تعالى مراقدهم) أن يكون « دون » في

---

(١) و (٢) و (٣) الكافي ج ٧ ص ٤٢ ح ٣ و ٤ ، التهذيب ج ٩ ص ١٦٠ ح ٦٦١ و ٦٥٩ ، الفقيه ج ٤ ص ١٧٠ ح ٥٩٥ و ٥٩٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٧ ح ٢ و ٣ .

الرواية بمعنى « عند » وأن يكون المراد الثلث ومادون ، ويكون الاكتفاء مبنياً على الغالب ، لأن الغالب أمّا زيادته عن الثلث ، أو نقصانه ، و كونه بقدر الثلث بغير زيادة ولا نقص نادر ، انتهى .

أقول : والحمل الثاني غير بعيد فقد وقع التعبير بمثل هذه العبارة في ارادة المعنى المذكور في جملة من موارد الأحكام ، وعليه حمل قوله (١) عزوجل « فان كن نساء فوق اثنتين » أي اثنين فما فوق .

ثم أقول : قد روى ثقة الأسلام في الكافي والشيخ في التهذيب في الصحيح عن أبي ولاد (٢) « قال : سألت أباعبدالله عليه‌السلام عن رجل مريض أقر عند الموت لوارث بدين له عليه ؟ قال : يجوز ذلك ، قلت : فان أوصى لوارث بشيء ؟ قال: جائز » وظاهر هذه الرواية انما ينطبق على القول الأول ، لكنها معارضة بصحيحة منصور بن حازم (٣) وموثقة أبي أيوب (٤) المتقدمتين ، وقضية الجمع بين الجميع تقييد اطلاق هذه الرواية بتلك الروايتين .

وكيف كان فهي كما ترى ظاهرة في رد القول الثالث بالنسبة الى الوارث ، سواء قيدت أم لم تقيد ، لأنه قدحكم بكون الاقرار للوارث من الثلث مطلقاً . وهذه الرواية بحسب ظاهرها قد دلّت على كونه من الأصل مطلقاً ، فهي ظاهرة في رده من أصله ، وبالنظر الى تقييدها بتلك الروايتين يكون رداً عليه في بعض ماأطلقه ، مضافاً الى ذلك ماعرفت في الرواية التي استدل له بها ، وبما حررناه يظهر لك أن أظهر الأقوال الثلاثة المذكورة هو القول الثاني .

وفي المسئلة أيضاً أقوال آخر ، منها الفرق بين المضي من الأصل والثلث بمجرد التهمة ، وانتفائها .

(١) سورة النساء ـ الاية ١١ .

(٢) و (٣) و (٤) الكافي ج ٧ ص ٤٢ ح ٥ و ص ٤١ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ١٦٠ ح ٦٦٠ و ص ١٥٩ ح ٦٥٦ و ص ١٦٠ ح ٦٥٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٧ ح ٤ و ص ٣٧٦ ح ١ و ص ٣٧٨ ح ٨ .

ومنها جعل مناط الفرق المذكور العدالة .

ومنها تعميم الحكم للأجنبي بكونه من الأصل ، وتقييد ذلك في الوارث بعدم التهمة .

وقد ذكر جمع من الأصحاب (رضي‌الله عنهم) أن المراد بالتهمة هنا الظن المستند الى القرائن الحالية والمقالية الدالّة على أن المقر لم يقصد باقراره الاخبار عن حق متقدم ، وإنما المراد تخصيص المقر له بما أقربه ، وحرمان الوارث من حقه أو بعضه ، والتبرع به للغير ، فلذلك جرى مجرى الوصية في الخروج من الثلث خاصة .

والظاهر أن المراد من العدالة في كلامهم هو ما أشار اليه في صحيحة منصور ، وموثقة أبي أيوب بقوله مرضياً ، أي يعتمد على قوله ، ولا يظن به التهمة وقصد حرمان الورثة باقراره ، وهو المراد أيضاً من قوله عليه‌السلام في رواية العلا بياع السابري « ان كانت مأمونة » .

وبالجملة فانه لما كان الميت ليس له من ماله بعد الموت إلا الثلث خاصة ، وما زاد فهو للوارث ، منع من تصرفه فيه بالوصية ونحوها ، وحينئذ فاذا اعترف بالدين ــ الذي مخرجه من حيث هو من الأصل لتعلّقه بالذمة ــ من حيث احتمال اعترافه للصحة والبطلان ، وجب التفصيل فيه بما دلّت عليه هذه الأخبار ، من أنه اذا كان مرضياً مأموناً ، له ديانة وورع يحجزه عن مخالفة الحدود الشرعية والأوامر الالهية ، وجب العمل بظاهر اعترافه ، وأخرج من الأصل ، وإلا فانما يخرج من الثلث .

وبهذا فيظهر ما في كلام جملة من الأصحاب من أن الاقرار انما يكون من الثلث مع ظهور التهمة ، ومع الشك والجهل بالحال يرجع فيه الى أصالة عدمها ، فيجب الخروج من الأصل ، فانه خلاف ظاهر الأخبار المذكورة حيث إنها صريحة في كون الاخراج من الأصل مشروطاً بكون المقر مرضياً مأموناً ، ومقتضاه

أنه مع الجهل وعدم العلم بوجود الشرط ، أو العلم بعدم وجوده يكون الاخراج من الثلث ، لعدم وجود الشرط الموجب لانتفاء المشروط .

وهذا التحقيق يرجع في الحقيقة الى القول المتقدم بأن مناط الفرق المذكور العدالة ، كما هو منقول عن العلامة في التذكرة ، وأنها هي الدافعة للتهمة ، وهذا هو ظاهر الأخبار المتقدمة .

ويظهر الفرق بين هذا القول والقول الثاني مالو كان المقر على ظاهر العدالة ، وقامت القرائن الحالية أو المقالية على التهمة ، فعلى الاكتفاء بظاهر العدالة ، يكون الاخراج من الأصل ، ولايلتفت الى مادلت عليه القرائن المذكورة ، وعلى تقدير المشهور من ضم عدم التهمة الى العدالة وجعلهما شرطين ، يكون الاخراج من الثلث ، لانتفاء أحد الشرطين .

وأنت خبير بأن اعتبار انتفاء التهمة منفرداً أو منضماً الى شرط العدالة لايعرف له مستند من الاخبار ، إلا مايفهم من شرط الامانة وكونه مرضياً الذي هو عبارة عن العدالة عندهم بالتقريب الذي قدمناه .

اللهم إلا أن يقال : ان قيام القرائن بالتهمة الموجب لظنها ينافي العدالة المذكورة ، ولا يجامعها وهو غير بعيد ، وان صرح في المسالك بخلافه ، وجوز اجتماعهما ، بناء على أن العدالة المبنية على الظاهر لاتزول بالظن ، وفيه منع ظاهر فان العدالة انما تبنى على الظن ، واللازم من ذلك تقابل الظنين وترجيح أحدهما على الآخر يحتاج الى مرجح ، والظاهر أنه لما ذكرناه ذهب صاحب الكفاية الى قول آخر في المسئلة ، فقال ـ بعد أن فسر التهمة بما قدمنا نقله عن جمع من الاصحاب ـ ماهذا لفظه : والاقوى أن التهمة بالمعنى المذكور توجب المضي من الثلث مطلقاً ، وكون المقر ممن يوجب قوله الظن بصدقه ، لكونه أميناً مصدقاً يوجب المضي من الاصل ، وفي غير ذلك تأمل ، انتهى .

ومحل التأمل في كلامه مالو انتفى الوصفان كما في غير العدل ، أو المجهول

العدالة الذي لم تظهر قرائن التهمة عليه ، وقد عرفت آنفاً أن مقتضى ظواهر الاخبار الدالة على اشتراط كونه مرضياً في الخروج من الاصل ، أنه متى فقد الشرط وجب انتفاء المشروط . فالحكم بأنه من الثلث في هذه الصورة بناء على ذلك الظاهر أنه لااشكال فيه ، إلا أن ماذكره من التأمل في أمثال هذه المواضع لايخلو من وجه .

هذا : وقد صرح جملة من الاصحاب منهم العلامة في التذكرة والشهيدان بأنه لوبرء المريض فالظاهر نفوذ اقراره من الأصل ، تمسكاً (١) « بأن اقرار العقلاء على أنفسهم جائز » السالم عما يصلح للمعارضة ، فان رواية العلا مفروضة في الاقرار الواقع في مرض الموت ، وغيرها لاعموم فيه بحيث يتناول من برء بعد المرض ، واليه مال السيدالسند في شرح النافع ، وهو جيد .

تذنيب :

بقي في المقام روايات تتعلّق بالمسئلة لابأس بنقلها ، وبيان مااشتملت عليه ، ومنها صحيحة الحلبي (٢) « عن أبيعبدالله عليه‌السلام قال : قلت له : الرجل يقرلوارث بدين ؟ فقال : يجوز اذا كان ملياً » .

وصحيحته (٣) الأخرى « قال : سئل أبوعبدالله عليه‌السلام عن رجل أقر لوارث بدين في مرضه أيجوز ذلك ؟ قال : نعم اذا كان ملياً » ، وضمير اسم كان يحتمل رجوعه الى الوارث الذي أقر له ، والغرض من ذكر ملاءته كون ذلك قرينة على صدق المقر في اقراره له ، ويحتمل عوده الى المقر ، ويجعل ذلك كناية عن صدقه وأمانته ، وعلى هذين الاحتمالين يكون مخرجه من الأصل ، ويحتمل رجوعه الى المقر أيضاً لا باعتبار الأول بل باعتبار التخصيص بالثلث ، بأن تبقى ملاءته

(١) الوسائل ج ١٦ ص ١٣٣ ح ٢ .
(٢) الكافي ج ٧ ص ٤١ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ١٥٩ ح ٦٥٥ .
(٣) التهذيب ج ٦ ص ١٩٠ ح ٤٠٥ .
وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٨ ح ٥ و ٧ .

بالثلثين ، وحاصل الجواب أنه يجوز اقراره في الثلث خاصة ، فيكون مخرجه منه دون الأصل .

ويمكن تأييد هذا المعنى بموثقة سماعة (١) « قال : سألته عمن أقر للورثة بدين عليه وهو مريض ؟ قال يجوز عليه ما أقر به اذا كان قليلاً » .

بحمل القليل فما دونه ، بمعنى أن مخرج هذا الذي أقر به من الثلث . وعلى هذا تكون هذه الروايات مطابقة لمذهب المحقق في النافع إلا أن تحمل على التهمة كما تقدم ذكره في صحيحة اسماعيل بن جابر (٢) إلا أن الاستناد اليها مع ماهي عليه من الاجمال الموجب لاتساع دائرة الاحتمال لايخلو من الاشكال ، والحق أن هذه الأخبار لايظهر لها معنى يعتمد عليه ، ولايفهم منها حكم يرجع اليه .

ومنها صحيحة سعد بن سعد (٣) « عن الرضا عليه السلام قال : سألته عن رجل مسافر حضره الموت ، فدفع مالاً الى رجل من التجار ، فقال : ان هذا المال لفلان بن فلان ليس لي فيه قليل ولا كثير ، فادفعه اليه يصرفه حيث شاء ، فمات ولم يأمر فيه صاحبه الذي جعل له بأمر ، ولايدرى صاحبه ما الذي حمله على ذلك كيف يصنع ؟ قال : يضعه حيث شاء » .

قال بعض مشايخنا (رضوان الله عليهم) : قوله « يضعه حيث شاء » أي هو ماله يضعه حيث يشاء ، إذ ظاهر اقراره أنه أقر له بالملك ، ويكفي ذلك في جواز تصرفه ، فلا يلزمه بيان سبب الملك ، ويحتمل أن يكون المراد أنه أوصى اليه بصرف هذا المال في أي مصرف شاء ، فهو مخير في الصرف فيه مطلقاً أو في وجوه البر ، انتهى .

---

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٦٠ ح ٦٥٨ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٢ ح ٤ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٦٣ ح ٢٣ وفيه « عن سعد بن اسماعيل عن أبيه » ، التهذيب ج ٩ ص ١٦٠ ح ٦٦٢ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٩ ح ٩ وص ٣٧٧ ح ٣ وص ٣٧٨ ح ٦ .

أقول : لايخفى أن سياق الروايــة المذكورة ظاهر في أن اعتراف الرجل بذلك المـال لذلك الشخص الذي سمّاه ، ليس له أصل بالكلّية ، ولهذا ان الرجل المسمى لم يقبض المال ، ولم يأمر فيه بأمر ، بل تعجب من ذلك ، ولم يدر ما الذي حمل ذلك الرجل على الاعتراف له ، مع أنــه لايستحق في ذمته مالاً بالكلّية ، وحينئذ فقرينة التهمة في هذا الاعتراف ظاهرة ، فيجب بمقتضى ماتقدم أن يكون مخرجه من الثلث خاصة ، وظاهره أن المال باق في يد الامين ، وحينئذ فيجب أن يحمل جوابه عليه السلام « بأن ذلك له يضعه حيث يشاء » امّا على عدم وجود وارث لذلك الرجل المقر ، فان من لاوارث له ، له أن يوصى به كملاً إلى من نشاء ، أو يعترف بــه كما هو أصح القولين في المسئلة ، أو على أن ذلك المال يخرج مـن الثلث ، أو أن الغرض من الجواب بيان صحة الانتقال والتملك بمجرد هــذا الاعتراف مــع قطع النظر عن هذه المسئلة بالكلّية .

وكيف كان فالخبر غير خال من شوب الاشكال ، لما فيه من الاجمال .

ومنها روايــة أبي بصير (١) « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عــن رجل معه مال مضاربــة فمات وعليه دين ، وأوصى أن هذا الذي تـرك لأهل المضاربــة أيجوز ذلك ؟ قال : نعم اذا كان مصدقاً » .

أقــول : هذا الخبر ممايننتظم في سلك أخبار القول الثانـي ، والتعبير بقوله « مصدقاً » مثل قوله في تلك الاخبار « مرضياً ومأموناً » .

ومنها رواية السكوني (٢) « عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام أنه كان يرد النحلة في الوصية ، وما أقر عند موته بلا ثبت ولا بيّنة رده » .

أقول : الظاهر أن المراد من قوله « يرد النحلة في الوصية » بمعنى يجعلها داخلة في الوصية ومن قبيلها ، فيكون الجار والمجرور متعلقاً بيرد ، وأمّا احتمال

---

(١) و (٢) التهــذيب ج ٩ ص ١٦٧ ح ٦٧٩ و ص ١٦١ ح ٦٦٣ ، الوســائل ج ١٣ ص ٣٨٠ ح ١٤ و ١٢ .

تعلّقه بالنحلة فانه يقتضي رد النحلة مطلقاً ، وهو مخالف لظاهر الأخبار المتقدمة ، وغيرها ، والمراد بقوله « وما أقربه عند موته » الى آخر ماذكره الشيخ في كتابي الأخبار من الحمل على ما اذا كان غير مرضي بل متهماً على الورثة فيكون معنى رده يعني من الأصل وأن اخرج من الثلث ، وظاهر الخبر رده مطلقاً ، إلا أنه لما كان مخالفا لما تقدم من الأخبار ، فالواجب حمله على ماذكره الشيخ (رحمة الله عليه) .

ومنها رواية محمد بن عبدالجبار (١) « قال : كتبت الى العسكري عليه السلام : امرأة أوصت الى رجل وأقرت له بدين ثمانية آلاف درهم ، وكذلك ماكان لها من متاع البيت من صوف وشعر وشبه وصفر ونحاس ، وكل مالها أقرت به للموصى اليه ، وأشهدت على وصيتها وأوصت أنه يحج عنها من هذه التركة حجتان ، ويعطى مولاه لها أربعمائة درهم وماتت المرأة ، وتركت زوجاً ولم ندر كيف الخروج من هذا ، واشتبه علينا الأمر ، وذكر الكاتب أن المرأة استشارته فسألته أن يكتب لها مايصح لهذا الوصي فقال : لاتصح تركتك لهذا الوصي إلا باقرارك له بدين يحيط بتركتك بشهادة الشهود ، وتأمريه بعد أن ينفذ ماتوصيه به ، فكتب له بالوصية على هذا ، وأقرت للوصي بهذا الدين ، فرأيك أدام الله عزك في مسئلة الفقهاء قبلك عن هذا ، وتعرفنا ذلك لنعمل به ان شاء الله ؟ فكتب عليه السلام بخطه : ان كان الدين صحيحاً معروفاً مفهوماً فيخرج الدين من رأس المال ان شاء الله وان لم يكن الدين حقاً أنفذ لها ما أوصت به من ثلثها كفى أو لم يكف » .

أقول : لما كان ظاهر سياق هذه الحكاية أن المرأة المشار اليها قاصدة بهذا الاقرار حرمان الوارث لم يرتب الحكم فيها على عدالة المقر ، وكونه مرضياً ، لأن المعلوم من السياق خلافه بل رتبه على ثبوت الدين ومعلومية صحته ، وهو

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٦١ ح ٦٦٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٩ ح ١٠ .

نظير ماتقدم في رواية السكوني من قوله عليه السلام « بلا ثبت ولا بينة رده » بناء على ماذيلنابه من التأويل بأنه اذا كان متهماً احتيج الى اخراجه من الاصل الى البينة الموجبة لثبوته ، وإلا فمن الثلث .

وأمّا قوله في الخبر المذكور « فرأيك أدام الله عزك في مسئلة الفقهاء قبلك» فانه لايخلو من غموض ، قال المحدث الكاشاني في الوافي : مارأيك أو أعلمنا رأيك في سؤالنا الفقهاء الذين يكونون عندك من شيعتك عن هذا ، وفي تعرفنا ذلك منهم ، اذ ليس لنا اليك وصول ، وكان غرضه الاستيذان في مطلق سؤالهم من المسائل ، انتهى .

أقول : الظاهر أنه لايخلو من بعد ، وقال : شيخنا المجلسي في حواشيه على كتب الأخبار لعل المراد بالفقهاء الائمة عليهم السلام أي نطلب رأيك أو نتبعه ، أو ان رأيت المصلحة في أن تعرفنا ماأجاب به الائمة المتقدمة عليك عند سؤالهم عن هذه المسئلة ، فعلى الأخير يكون وتعرفنا معطوفاً على مسئلة ، تفسيراً لها ، ويحتمل أن يكون المراد السؤال عن فقهاء أهل البلد ، وتعريف الجواب بأن يقرأ قبلك بكسر القاف وفتح الباء ، وعلى التقديرين يكون هذا النوع من الكلام الغير المعهود من أصحابهم للتقية ، وعلى الثاني لنهاية التقية ويمكن أن يكون المراد مارأيك في مسئلة سألنا الفقهاء قبل أن نسئلك فيها يعنى فقهاء بلد السائل ، انتهى .

أقول : والذي يظهر لي من العبارة المذكورة أن المراد انما هو عرفنا رأيك في هذه المسئلة التي سئل الفقهاء قبلك لنعمل بما تعرفنا دون ما قالوا أولئك الفقهاء فيها ، وحينئذ يكون المراد بالفقهاء فقهاء العامة .

ومنها رواية مسعدة بن صدقة (١) « عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام قال: قال علي عليه السلام لاوصية لوارث ولا اقرار بدين » يعنى اذا أقر المريض لأحد من

---

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٦٢ ح ٦٦٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٠ ح ١٣ .

الورثة بدين فليس له ذلك ، وحمله الشيخ في التهذيبين تارة على التقية وأخرى على المتهم ، وما زاد على الثلث .

أقول : ماتضمنه من النهي عن الوصية للوارث فلاريب في حمله على التقية، لأن ذلك مذهب الجمهور ، وأخبارنا المتضدة باتفاق أصحابنا دالّة على الجواز كما تقدم تحقيقه في المسألة المذكورة من المقصد الأول ، وأمّا المنع من الاقرار بالدين فهو يتعين الحمل على أحد الحملين ، والله العالم .

المسألة الثالثة : اختلف الأصحاب (رضوان الله عليهم) في أن من مات ولا وارث له ، هل له أن يوصي بجميع ماله الى من شاء أم لا ؟ فذهب الشيخ في الخلاف وابن ادريس والعلامة في المختلف الى الثاني ، وذهب ابن الجنيد والصدوق في المقنع وهو ظاهر الشيخ في كتابي الأخبار الى الأول ، وهو ظاهر المحدثين المحسن الكاشاني في الوافي والحر العاملي في الوسائل ، وهو المختار .

وقال في المختلف : قال الشيخ في الخلاف : من ليس له وارث قريب أو بعيد ، ولا مولى نعمة لايصح أن يوصي بأكثر من الثلث ، وذهب ابو حنيفة وأصحابه وشريك ، الى أن له أن يوصي بجميع ماله ، وروي ذلك في أحاديثنا ، ثم استدل بصحة الوصية بالثلث اجماعاً ولادليل على الزائد ، وروى معاذ بن جبل(١) « عن النبي (صلّى الله عليه وآله) أنه قال : ان الله تعالى تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة في حسناتكم » ولم يفرق بين أن يكون له وارث أم لا ، وقال ابن ادريس أيضاً : لايصح الا في الثلث ، وقال ابن الجنيد : روى عن أمير المؤمنين عليه السلام (٢) أنه قال : « ومن أوصى بالثلث فقد بلغ المدى » يعنى بذلك اذا كان له ورثة ومن تجاوز ذلك الى الثلث لم يجز إلا أن تشاء الورثة ، فأمّا من لاوارث له فجائز أن يوصى بجميعه لمن شاء ، وفيما شاء مما أبيح الوصية فيه ،

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥١٩ الباب ٩ ح ٣ .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٩٢ ح ٧٧٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٠ ح ١ .

وقال الصدوق في المقنع : اذا مات الرجل ولاوارث له ولاعصبة قال : يوصي بماله حيث شاء في المسلمين والمساكين ، والمعتمد الأول ، لما تقدم ، واحتج الآخرون بما روى السكوني (١) « عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أنه سئل عن الرجل يموت ولا وارث له ولا عصبة ، قال : يوصي بماله حيث شاء في المسلمين والمساكين وابن السبيل .

وقد روى الشيخ والصدوق معاً عن عمار بن موسى (٢) « عن الصادق عليه السلام قال : الرجل أحق بماله مادام فيه الروح ان أوصى به كلّه فهو جائز له » وتأوّلاه بأنه اذا لم يكن وارث قريب أو بعيد ، فيوصي به كلّه ، واستدلا بما سبق من حديث السكوني ، والوجه ترك هذه الرواية لضعفها ، انتهى كلامه في المختلف .

أقول : العجب من الشيخ (قدس سره) أنه استدل على ماذهب اليه في الخلاف من عدم صحة الوصية في الصورة المذكورة بأن الوصية بالثلث مجمع عليه ، وما زاد لادليل عليه مع أنه بعد أن نقل عن أبي حنيفة أن له أن يوصي بجميع ماله قال : وروى ذلك في أحاديثنا ، وحينئذ فاذا اعترف برواية ذلك في أحاديثنا كيف يتم له قوله « والوصية بما زاد على الثلث لادليل عليه » والدليل موجود باعترافه ، إلا أن يبين وجه قدح فيه يوجب عدم العمل به ، ومع ذلك يستند الى هذه الرواية العامية ، ويطرد هذه الرواية التي اعترف بها .

وأعجب من ذلك قول العلامة بعد ذلك ، والمعتمد الأول ، بما تقدم ، وأشار بالأول الى مذهب الشيخ في الخلاف ، وأشار بما تقدم الى استدلال الشيخ مع ماعرفت فيه من القصور الظاهر لكل ناظر .

نعم يمكن أن يستدل لما ذهب اليه الشيخ في الخلاف ومن تبعه باطلاق بعض الروايات الدالّة (٣) على أنه متى أوصى بما زاد على الثلث وجب رده الى

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٨٨ ح ٧٥٤ .
(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٨٧ ح ٧٥٣ ، الفقيه ج ٤ ص ١٥٠ ح ٥٢٠ .
(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٩٢ ح ٧٧٣ .
وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٣٧٠ ح ١ و ص ٣٨٢ ح ٥ و ص ٣٥٨ الباب ٨ ح ١ .

الثلث وبطلت الوصية بالزايد ، باطلاقها دالّة على وجوب الرد الى الثلث ، وجد وارث ثمة أم لم يوجد ، إلا أن فيه أن أكثر الأخبار قد تضمنت وجود الوارث في البين ، ففي جملة منها أنه تمضى الوصية في الثلث ، وترد الباقي على الورثة ، وفي جملة إلا أن تجيز الورثة ، وحينئذ فيحمل اطلاق تلك الأخبار على هذه .

ومما يعضد رواية السكوني موثقة عمار المتقدمة في كلام العلامة الدالّة على أنه ان أوصى بماله كلّه فهو جائز ، بحملها على عدم الوارث ، اذ لاجائز أن يعمل بها على ظاهرها فيلزم طرحها ، والعمل بالخبر مهما أمكن أولى من طرحه، كما صرحوا به في غير موضع ، والعلامة في المختلف انما تمسك في ردها بضعف السند ، بناء على هذا الاصطلاح الغير الصحيح ولا المعتمد ، ومن لايعمل به لايصح عنده رد الخبر بغير معارض .

فان قيل : أخبار كون (١) « الامام وارث من لاوارث له » تعارض هذه الرواية ، قلنا : ماذكرت من الأخبار مطلق أو عام ، وهذه الرواية خاصة أومقيدة فالقاعدة تقتضى تقديم العمل بهذه الرواية وتخصيص تلك الأخبار أو تقييدها بها .

على أنه مما يعضد هذه الرواية مارواه الشيخ في الصحيح عن احمد بن محمد بن عيسى (٢) « قال : كتب اليه محمد بن اسحاق المتطيب : وبعد أطال الله بقاك نعلمك ياسيدنا انّا في شبهة من هذه الوصية التي أوصى بها محمد بن يحيى درياب ، وذلك أن موالى سيدنا وعبيده الصالحين ذكروا أنه ليس للميت أن يوصي اذا كان له ولد بأكثر من ثلث ماله ، وقد أوصى محمد بن يحيى بأكثر من النصف مما خلف من تركته ، فان رأى سيدنا ومولانا أطال الله بقاءه أن يفتح غياب هذه الظلمة التي شكونا ويفسر ذلك لنا نعمل عليه انشاء الله تعالى فأجاب عليه السلام : ان كان أوصى بها من قبل أن يكون له ولد فجائز وصيته وذلك أن ولده ولد من بعده » .

---

(١) و (٢) التهذيب ج ٩ ص ٣٨٦ الباب ٤٤ و ص ١٩٧ ح ٧٨٩ ، الوسائل ج ١٧ ص ٥٤٧ الباب ٣ و ج ١٣ ص ٣٧٠ ح ٢ .

وظاهر الخبر المذكور أنه لو أوصى بأكثر من الثلث ولو بالمال كلّه قبل وجود الوارث ، ثم تجدد له وارث ، ولم يعدل الموصي عن الوصية الى أن مات ، فانه يجب العمل بتلك الوصية ، ويحرم الوارث من المال الموصى به ، وهو حكم غريب وفرع عجيب لم أقف على من نبه عليه ، ولا تنبه اليه .

وربما يقال : ان أدلّة الارث كتاباً وسنة يقتضي وجوب رد مازاد على الثلث الى الوارث ، إلا أنه يمكن القدح فيه ، بأن تلك الأدلّة مطلقة ، وهذا الخبر خاص بصورة الوصية بالمال وتقدمها على وجود الوارث ، والقاعدة تقتضي تقديم العمل به ، سيما مع صحة الخبر باصطلاحهم ، وكيف كان فالخبر المذكور ظاهر فيما دلّت عليه رواية السكوني من صحة الوصية بالمال كلّه مع عدم وجود الوارث ، فالقول بذلك متعين . وفاقاً لما قدمنا ذكره عن أصحابنا .

وقال في الدروس بعد ذكر استحباب اقلال الوصية : وأن الخمس أفضل من الربع ، والربع أفضل من الثلث : وقال علي بن بابويه : اذا أوصى بماله كلّه فهو أعلم ، ويلزم الوصي انفاذه لرواية عمار (١) « ان أوصى به كلّه فهو جائز له » ، وحملها الشيخ على من لاوارث له ، فيجوز الوصية بجميع المال لمن لاوارث له ، وهو فتوى الصدوق وابن الجنيد لرواية السكوني ، ومنع الشيخ في الخلاف من الزيادة على الثلث مطلقاً ، وهو مختار ابن ادريس والفاضل ، انتهى .

أقول : ظاهر كلام شيخنا المذكور هو التوقف في المسئلة حيث اقتصر على نقل الخلاف الذي فيها ، ولم يرجح شيئاً من القولين ، ولا طعن في أحد الجانبين وأمّا مانقله عن الشيخ علي بن بابويه فقد تقدم الكلام فيه ، وبينا أن مستنده في ماذكره من الحكم المذكور انما هو كتاب الفقه الرضوى ، فان عبارته هنا عين عبارة الكتاب كما أوضحناه في جملة من الأبواب ، ولكنهم خفي عليهم ذلك استدلوا له بهذه الرواية ، والله العالم .

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٨٧ ح ٧٥٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٢ ح ٥ .

المسئلة الرابعة : قال الشيخ في النهاية : اذا قال الموصي لوصيه اقض عني ديني ، وجب عليه أن يبدأ به قبل الميراث فان تمكن من قضائه ولم يقض وهلك المال كان ضامناً له ، وليس على الورثة لصاحب الدين سبيل ، وان كان قد عزل من أصل المال ولم يتمكن من اعطائه أصحاب الديون وهلك من غير تفريط من جهته كان لصاحب الدين مطالبة الورثة بالدين من الذي أخذوه ، وتبعه ابن البراج ، وبهذه العبارة قال ابن ادريس ، إلا أنه زاد في عبارة الشيخ ، فقال في كتابه : واذا قال الموصي لوصيه اقض عني ديني ، وجب عليه أن يبدأ به قبل الميراث ، فان تمكن من قضائه ولم يقضه وهلك المال كان ضامناً له ، وليس على الورثة لصاحب الدين سبيل ان كان قد صار اليهم من التركة حقهم ، فان كان قد عزله الوصي من أصل المال ، وقسم الباقي بينهم ، ولم يتمكن من اعطائه أصحاب الديون وهلك من غير تفريط من جهته ، كان لصاحب الدين مطالبة الورثة بالدين من الذي صار اليهم وأخذوه واقتسموه ، انتهى .

والعلامة في المختلف قد استدرك عليه الزيادة الأولى ، واعترضه فيها ، فقال بعد نقل ذلك : والمعتمد أن نقول في الفرض الأول اذا كان قد بقي من المال شيء وأخذه الورثة سواء كان حقهم ، أو أزيد ، أو أنقص ، كان لصاحب الدين مطالبة الورثة بأقل الأمرين من حقه ومما صار اليهم ، ثم يرجع الورثة على الوصي بتفريطه لعدم انحصار حق صاحب المال فيما تلف ، وان حمل المال في قول الشيخ وهلك المال بأن هلك جميعه قبل أن يصل الى الوارث منه شيء استقام الحكم وانتظم ، والظاهر أن مراد الشيخ وابن البراج ذلك ، ولكن ابن ادريس لقلة تفطنه زاد ما أفسد به الكلام من حيث لايشعر ، انتهى .

أقول : وهذه المناقشات بعد ظهور المعنى بقرائن الحال والمقال من ابن ادريس للشيخ ، ومن العلامة لابن ادريس مما يستغنى عنه ، فان من الظاهر أن الورثة مالم يصل اليهم شيء من التركة ، لايتعلق بهم حق من الديون بالكلية ،

ومع وصول شيء لهم لايتعلق بهم ولايجب عليهم وفاء مازاد عنه ، ومع هلاك التركة في يد الوصي بتفريطه يلزمه الضمان ، ولا رجوع على الورثة بشيء ، لأنه لم يصل اليهم منها شيء ، وهذه أحكام معلومة متفق عليها بينهم .

ثم أن الذي وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بهذه المسئلة مارواه الشيخ في الصحيح عن الحلبي (١) « عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : في رجل توفي فأوصى الى رجل وعلى الرجل المتوفي دين فعمد الذي أوصى اليه فعزل الذي للغرماء فرفعه في بيته وقسم الذي بقي بين الورثة ، فسرق الذي للغرماء من الليل ممن يوخذ ؟ قال : هو ضامن حين عزله في بيته يؤدى من ماله » .

وعن أبان (٢) عن رجل « قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل أوصى الى رجل أن عليه ديناً ؟ فقال : يقضى الرجل بما عليه من دينه ، ويقسم مابقي بين الورثة ، قلت : فسرق ما أوصى به من الدين ، ممن يؤخذ الدين أمن الورثة أم من الوصي ؟ فقال : لايؤخذ من الورثه ، ولكن الوصي ضامن لها » .

قال في التهذيبين : انما يكون الوصى ضامنا للمال اذا تمكن من ايصاله الى المستحق فلم يفعل ، انتهى وهو جيد ، فان الضمان انما يلزم مع التفريط ، والتفريط ليس إلا مع امكان الدفع الى صاحبه ، والاخلال بذلك كما تكاثرت به الأخبار في جملة من الأحكام .

والذي يكشف عن ذلك مارواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن محمد بن مسلم (٣) « قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : رجل بعث زكاة ماله ليقسم فضاعت ، هل عليه ضمانها حتى تقسم ؟ فقال : اذا وجد لها موضعاً فلم يدفعها فهو لها ضامن ، الى أن قال : وكذلك الوصى الذى يوصى اليه يكون ضامناً لما دفع

---

(١) و (٢) التهذيب ج ٩ ص ١٦٨ ح ٦٨٥ و ٦٨٤ .
(٣) الكافي ج ٣ ص ٥٥٣ ح ١ .
وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٤١٧ ح ٢ و ص ٤١٨ ح ٤ و ج ٦ ص ١٩٨ ح ١ .

اليه اذا وجد ربه الذي أمر بدفعه اليه ، فان لم يجد فليس عليه ضمان » .

ثم انه مع التفريط ولزوم الضمان للوصي لا يتعين رجوع الديان على الوصي، بل يتخيرون بين الرجوع على الوصي أو على الورثة فيما قبضوه من حصصهم ، وترجع الورثة على الوصي ، لأن ماعزله الوصي لايتعين للدين بمجرد عزله مالم يصل الى الديان ، بل الدين يتعلق بالتركة كائناً ماكانت ، وكيف كان فالضمان انما هو على الوصي ، والنقصان انما هو عليه من ماله ، لأن الورثة متى أخذ منهم الديان الدين رجعوا به عليه ، فلا يلحقهم ضمان ولا نقص ، والله العالم .

المسئلة الخامسة : اذا انتقل الى المريض من ينعتق عليه كأبيه وابنه مثلاً فلا يخلو إلا أن يكون بغير عوض أو بعوض ، وعلى التقديرين فإمّا أن يكون الملك اختيارياً أو قهرياً ، وعلى تقدير الملك بعوض ، فإمّا أن يكون العوض موروثاً أو لا ، فهذه صور ست :

الأولى ــ أن يملكه بغير عوض ويكون الملك اختيارياً ، كما لو أوصى له أحد بأبيه أو أمه فقبل الوصية أو وهبه له بغير عوض ، فقبل الهبة ، فان قلنا أن منجزات المريض من الأصل كما هو أحد القولين في المسئلة ، كان انعتاقه من الأصل ، ولا اشكال فيه ، وان قلنا أن المنجزات من الثلث كما هو المشهور بين المتأخرين فوجهان : بل قولان : أحدهما ــ للمحقق في الشرايع مدعياً عليه الاجماع وهو أن عتقه من الأصل ايضاً ، قال : ولو أوصى له بأبيه فقبل الوصية ، وهو مريض ، عتق عليه من أصل المال اجماعاً ، لأنه انما يعتبر من الثلث مايخرجه عن ملكه ، وهنا لم يخرجه بل بالقبول ملكه ، وانعتق عليه تبعاً لملكه ، ومرجع استدلاله الى أمرين : أحدهما الاجماع ، وثانيهما ماذكره من أن المعتبر من الثلث على القول به في المنجزات ، انما هو بالنسبة الى مايخرجه المريض عن ملكه بنفسه اختياراً ، كما لواعتق العبد أو وهب أو تصدق أو نحو ذلك ، وهنا لم يخرج المريض شيئاً على هذاالوجه ، وانما المخرج له هوالله سبحانه حين ملكه بالقبول ، وانعتق

عليه قهراً تبعاً المملك. فلم يكن مفوتاً شيئاً باختياره، وانما جاء الفوات من قبل الله عز وجل».

وثانيهما ـ للعلامة في التحرير وهو أن عتقه من الثلث، كالعتق اختياراً، استناداً الى أن اختيار السبب وهو قبوله الوصية وقبوله الهبة في المثالين المتقدمين اختيار للمسبب، وهو العتق المترتب على القبول، فمتى كان الأول معذوراً كان الثاني كذلك، وهو يرجع الى منع كون العتق قهرياً كما ادعاه ذلك القائل، بل هو اختياري له، فانه لو لم يقبل لما دخل في ملكه، ولما انعتق عليه، ولما قبل باختياره ترتب عليه ذلك، فيكون من قبيل عتق العبد باختياره، وبالجملة فانه لا يلزم من كون الخروج قهرياً كونه من الأصل، وانما يلزم ذلك لو لم يكن مستنداً الى اختيار المريض المتملك بالقبول، كما ذكرناه لكنه مستند اليه، وبذلك يظهر الجواب عن أحد الدليلين المتقدمين.

وأمّا الثاني وهو الاجماع ففيه ماذكره شيخنا في المسالك ولنذكره بطوله لقوة وجودة محصوله، وان كان قد قدمنا نبذة منه في غير موضع فيما تقدم، وهو أيضاً قد خالفه في غير موضع من كتابه هذا، لكنه الحق الحقيق بالاتباع، وان كان قليل الاتباع، قال قدس سره: ولا يقدح دعواه الاجماع في فتوى العلامة بخلافه، لأن الحق أن اجماع أصحابنا انما يكون حجة مع تحقق دخول المعصوم في جملة قولهم، فان حجيته انما هو باعتبار قوله عندهم، ودخول قوله في قولهم في مثل هذه المسئلة النظرية غير معلوم، وقد نبه المصنف في أوائل المعتبر على ذلك، فقال: ان حجية الاجماع لا يتحقق إلا مع العلم القطعي بدخول قول المعصوم في قول المجمعين، ونهى عن الاغترار بمن يتحكم، ويدعي خلاف ذلك، وهذا عند الانصاف عين الحق، فان ادخال قول شخص غائب لا يعرف قوله في قول جماعة معروفين بمجرد اتفاقهم على ذلك القول بدون العلم بموافقته لهم تحكم بارد، وبها يظهر جواز مخالفة الفقيه المتأخر لغيره من المتقدمين في كثير من المسائل التي ادعوا

فيها الاجماع ، اذا قام عنده الدليل على مايقتضي خلافهم . وقد اتفق لهم ذلك كثيراً ، لكن زلة القدم متسامحة عند الناس دون المتأخر ، انتهى وهو جيد متين كما لا يخفى على الحاذق المكين .

الثانية ـ الصورة بحالها ولكن ملكه بغير اختيار كحصوله له بالارث . وينبغي القطع بكونه من الأصل هنا ، وان قلنا في سابق هذه الصورة بكونه من الثلث ، لعدم الاختيار في السبب ولا في المسبب ، ونقل عن التذكرة أنه جعل العتق أقرب ، وربما قيل : بأنه متى قلنا في الصورة الاولى بكونه من الثلث، فيحتمل كونه هنا كذلك ، فيتحقق الملك للمريض فيكون معدوداً من جملة أمواله ، فانعتاقه يفوت عليهم المالية ، وفيه أنه لم يتلف على الوارث شيء مماهو محسوب مالا ، لأنه بمجرد الارث ينعتق عليه ، وأيضاً فان العتق قهري والملك قهري ، وقد عرفت في الصورة السابقة : أن وجه القول بكونه من الثلث انما هو لكون السبب اختيارياً وهنا ليس كذلك كما عرفت .

الثالثة ـ أن يملكه بعوض موروث اختياراً ، بمعنى أن يملكه باختياره بعوض لو بقي في مدة ، لأنه ينقل بعد الموت لوارثه كالشراء بثمن المثل ، فمن قال : ان المنجزات مخرجها من الأصل ، فانه يكون هنا من الأصل ، وهو ظاهر ، ومن قال انها من الثلث ففي انعتاقه قولان : أحدهما ـ أنه من الثلث كما اختاره العلامة في الارشاد ، وفي الأحكام المعنوية من القواعد ، وعلّل بأن تملكه له باختياره سبب في عتقه فجرى مجرى المباشرة خصوصاً عند من يجعل فاعل السبب فاعل المسبب كالجبائين ، قال في المسالك : وهذا هو الأصح .

وثانيهما ـ نفوذه من الأصل ، لأنه انما يحجر عليه في التبرعات ، والشراء بثمن المثل ليس بتبرع ، فلايكون محجوراً عليه ، والعتق حصل بغير اختياره ، فلا يعتبر فيه الثلث ، وهذا القول اختيار العلامة في كيفية التنفيذ من كتاب القواعد .

ورد بأن بذل الثمن في مقابلة ما قطع بفواتـه وزوال ماليته بالانعتاق تضييع على الوارث كما لو اشترى مايقطع بموته عاجلاً .

وشيخنا الشهيد في شرح الارشاد اقتصر على نقل القولين المذكورين ، ونقل دليل كل منهما ولم يرجح شيئاً منهما ولا طعن في شيء من الدليلين المذكورين وهو مؤذن بالتوقف في ذلك .

الرابعة ـ أن يملكه بعوض موروث ملكاً قهرياً بغير اختياره ، بأن يكون مستنداً الى حكم الشارع وأمره له به كما لو كان نذر في حال الصحة ، أو في حال المرض ان قلنا بكونه من الأصل ، بأنه ان وجد قريبة يباع بعوض ، وهو قادر عليه اشتراه ، فان هذا من الأصل على القولين ، ويحتمل ضعيفاً كونـه من الثلث بحصول السبب المقتضى للتصرف في المرض ، ووجه ضعفه باسناد ذلك الى ايجاب الشارع فكان عليه بمنزلة الدين .

الخامسة ـ أن يملكه بعوض غير موروث كما لو آجر نفسه للخدمة به ، فانه عندهم يعتق من الأصل لعدم تفويته شيئاً على الوارث .

السادسة ـ أن يملكه كذلك بغير اختياره ، بل بالزام الشارع كما لو نذر تملكه بالاجارة كذلك ، والحكم في هذه الصورة كسابقتها بطريق أولى ، والله العالم .

المسئلة السادسة : الظاهر أنه لا خلاف ولا اشكال في صحة الوصية بالاشارة على المراد مع تعذر اللفظ ، وكذا الكتابة مع التلفظ أيضاً ، والقرينة الدالة على الدالة قصد الوصية بها .

ويدل على الأول ماروا. في الفقيه عن محمد بن أحمد عن السندي بن محمد عن يونس بن يعقوب عن أبي مريم (١) ذكره عن أبيه « أن أمامة بنت أبي العاص

---

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢٤١ ح ٩٣٥ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٦ ح ٥٠٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٧ ح ١ و ج ١٦ ص ٥٩ ح ١ .

وأمّها زينب بنت رسول الله (صلّى الله عليه وآله) كانت تحت علي بن ابى طالب عليه السلام بعد فاطمة عليها السلام فخلف عليها بعد علي عليه السلام المغيرة بن النوفل فذكر أنها وجعت وجعاً شديداً حتى اعتقل لسانها، فجاءها الحسن والحسين عليهما السلام ابنا علي عليه السلام وهي لاتستطيع الكلام: فجعلا يقولان لها والمغيرة كاره لذلك: أعتقت فلاناً وأهله؟ فجعلت تشير برأسها نعم، وكذا وكذا فجعلت تشير برأسها أي نعم لاتفصح بالكلام، فأجازا ذلك لها».

ورواه الشيخ بهذا السند مثله، ورواه بسند آخر في الصحيح عن الحلبى(١) «عن أبى عبدالله عليه السلام أن أباه حدثه أن أمامة ...» الحديث.

ومارواه عبدالله بن جعفر الحميرى (٢) في كتاب قرب الاسناد عن عبدالله بن الحسن عن علي جعفر عن أخيه «قال: سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأة فجعل أهليهما يسأله اعتقت فلاناً وفلاناً فيؤمى برأسه أو تؤمي برأسها، في بعض نعم، وفي بعض لا، وفي الصدقة مثل ذلك، أيجوز ذلك؟ قال: نعم هو جائز».

ومارواه في الكافي بسنده عن محمد بن جمهور (٣) عن بعض أصحابنا «عن أبىعبدالله عليه السلام قال: ان فاطمة بنت أسد أم أميرالمؤمنين عليه السلام كانت أول امرأة هاجرت الى رسوالله (صلىالله عليه وآله) من مكة الى المدينة على قدميها الى أن قال: وقالت لرسول الله (صلّىالله عليه وآله): انى أريد أن اعتق جاريتي هذه فقال لها: ان فعلت اعتق الله بكل عضو منها عضواً منك من النار، فلما مرضت أوصت الى رسول الله (صلى الله عليه وآله) وأمرت أن يعتق خادمها واعتقل

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٥٨ ح ٩٣٨.
(٢) قرب الاسناد ص ١١٩.
(٣) اصول الكافى ج ١ ص ٤٥٣ ح ٢.
وهذه الروايات فى الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٧ الباب ٤٩ ح ٢ و ٣.

لسانها ، فجعلت تؤمي الى رسول الله (صلى الله عليه وآله) ايماءً ، فقبل رسول الله (صلى الله عليه وآله) وصيتها » الحديث .

ويدل على الثاني مارواه الصدوق عن عبد الصمد بن محمد عن حنان بن سدير (١) عن أبيه « عن أبي جعفر عليه‌السلام قال : دخلت على محمد بن الحنفية ، وقد اعتقل لسانه فأمرته بالوصية فلم يجب ، قال : فأمرت بالطست فجعل فيه الرمل فوضع فقلت له : فخط بيدك قال : فخط وصيته بيده في الرمل ونسخت أنا في صحيفة » وما رواه الشيخ عن محمد بن أحمد بن يحيى عن عبدالصمد بن محمد مثله ، انما الخلاف والاشكال في الاكتفاء بالكتابة في الاختيار ، فظاهر أكثر الأصحاب عدم الاكتفاء بذلك .

قال شيخنا الشهيد الثاني في الروضة بعد قول المصنف انه يكفي الاشارة والكتابة مع تعذر اللفظ ـ ماصورته : ولا تكفيان مع الاختيار وان شوهد كاتباً أو علم خطه أو عمل الورثة ببعضها ، خلافاً للشيخ في الأخير أو قال : انه بخطي ، وأنا عالم به ، وهذه وصيتي فاشهدوا علي بها ، ونحو ذلك بل لابد من تلفظه أو قراءته عليه واعترافه بعد ذلك ، لأن الشهادة مشروطة بالعلم ، وهو منفي هنا خلافاً لابن الجنيد حيث اكتفى به مع حفظ الشاهد له عنده ، ثم قال : والأقوى بقراءة الشاهد له مع نفسه مع اعتراف الوصي بمعرفة مافيه وأنه موصي به ، وكذا القول في المقر ، انتهى .

أقول : أمّا مانقله عن الشيخ فانه اشارة الى ماذكره في النهاية حيث قال : اذا وجدت وصية بخط الميت ، ولم يكن اشهد عليها ولا أقربها كان الورثة بالخيار بين العمل بها وبين ردها وابطالها ، فان عملوا بشيء منها لزمهم العمل بجميعها ، واعترضه ابن ادريس في ذلك ، فقال : وقد روي أنه اذا وجدت وصية بخط الميت

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٤٦ ح ٥٠٥ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٤١ ح ٩٣٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٦ ح ١ .

ولم يكن أشهد عليها ولا أمر بها ، فان الورثة بالخيار بين العمل بها وبين ردها وابطالها ، فان عملوا بشيء منها لزمهم العمل بها جميعاً ، على ماروى في بعض الأخبار وأورده شيخنا أبوجعفر في نهايته ، والذي يقتضيه أصول مذهبنا أنهم اذا أقروا بشيء منها وقالوا به ، وقالوا : ان هذا حسب صحيح أوصى به دون ماعداه مما في هذا المكتوب ، فانه لايلزم العمل بجميع مافي المكتوب إلا بما أقروا به دون ماعداه ، وانما هذه رواية وخبر واحد أورده الشيخ ايراداً ، وقد بيّنا أن أخبار الآحاد لايجوز العمل بها في الشرعيات ، انتهى .

أقول والذي وقفت عليه في الاخبار مما يتعلق بهذه المسئلة هو مارواه الصدوق (قدس الله روحه) عن ابراهيم بن محمد الهمداني (١) « قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام : رجل كتب كتاباً بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي ولم يقل اني قد أوصيت ، إلا أنه كتب كتاباً فيه ماأراد أن يوصي به ، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك ؟ فكتب عليه السلام : ان كان له ولد ، ينفذون كل شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البر أو غيره » ورواها الشيخ في التهذيب أيضاً الا أنه قد سقط من قلمه مابين كتاب الأول الى كتاب الثاني ، والأقرب من سقط قلمه كما وقع له أمثال ذلك مما لايحصى في متون الأخبار وأسانيدها ، وقد قدمنا التنبيه عليه في جملة من مواضع كتب العبادات .

وأنت خبير بأن الرواية المذكورة ظاهرة في وجوب تنفيذ مايجدونه في وصيته بخطه بخلاف ماذكره الأصحاب من منع ذلك ، وتخصيص الجواز بحال الضرورة وعدم امكان التلفظ .

وأمّا ماذكره الشيخ في النهاية من أن الورثة بالخيار بين العمل بها اذا كانت كذلك ، وبين ردها وابطالها ، وأنه مع اختيار العمل بشيء منها يلزمهم

---

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٢ ح ٩٣٦ مع اختلاف يسير ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٦ ح ٥٠٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٧ ح ٢ .

العمل بجميعها ، فلم يصل الينا فيه خبر ، ولا ورد به أثر ، فقول ابن ادريس « وقد روى أنه اذا وجدت وصية » الى آخر كلامه الظاهر أنه من قبيل ماقدمنا ذكره في غير موضع ، من أن الشيخ لما كانت عادته غالباً الافتاء في كتاب النهاية بمتون الأخبار ، توهم ابن ادريس أن هذه الفتوى من الشيخ مستندة الى خبر وصل اليه بذلك ، فنازعه فيه بناء على ذلك ، واحتمال وصول خبر الى الشيخ بذلك مع عدم وصوله لنا وان أمكن ، إلا أنه بعيد ، سيما بعد ماعرفت من النظائر التي قدمنا ذكرها من افتاء الشيخ في الكتاب المذكور ، واعتراض ابن ادريس عليه بأنه خبر واحد ، مع أنه لم يرد في تلك الفتوى خبر بالكلية ، وكيف كان فحيث قد عرفت أن هذه الفتوى من الشيخ لما لم يرد لها مستند من الأخبار فلا تعويل عليها .

وانما يبقى الكلام في خبر الهمداني المذكور ، وما دل عليه من وجوب العمل بالوصية المكتوبة بخطه ، وان لم تخبر ورثته بها بالكلّية ، فان ظاهر الأصحاب (رضوان الله عليهم) كما عرفت عدم العمل بهذه الوصية ، والظاهر أنهم لم يقفوا على الخبر المذكور ، وإلا لأجابوا عنه ، ورد الخبر من غير معارض شرعي ولا دليل مرعي غير مسموع ، وظاهر صاحب الفقيه العمل به ، والقول بما دل عليه ، وسند الخبر المذكور في الفقيه صحيح أوحسن ، لأن طريقه الى ابراهيم المذكور حسن ، أو صحيح بابراهيم بن هاشم ، وأمّا ابراهيم بن محمد الهمداني المذكور فهو وان لم يكن حديثه في الصحيح فلا أقل ان يكون في الحسن ، لما ذكره علماء الرجال فيه ، من أنه كان وكيل الناحية ، وكان حج أربعين سنة ، وعن الكشي توثيقه في ترجمة أحمد بن اسحاق ، وروى توكيله وجلالة قدره في بعض التوقيعات .

وبالجملة فان الخبر المذكور حسن السند ، واضح المتن ، لاتطرق للطعن فيه بوجه من الوجوه ولا معارض له كما عرفت إلا مجرد كلامهم ، فالعمل به متعين ، والله العالم .

ختام به الاتمام :

يشمل على جملة من أخبار نوادر الأحكام .

روى المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) عن علي بن يقطين (١) « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى الى امرأة ، واشرك في الوصية معها صبياً ؟ فقال : يجوز ذلك ، وتمضي المراة الوصية ولا تنتظر بلوغ الصبي فاذا بلغ الصبي فليس له أن لا يرضى إلا ماكان من تبديل أو تغيير ، فان له أن يرده الى ما أوصى به الميت » وهو صريح في جواز الوصية إلى المرأة .

وروى في التهذيب والفقيه عن السكوني (٢) « عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : المرأة لا يوصى اليها ، لأن الله تعالى قال : ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » وهذا الخبر حمله في التهذيبين على الكراهة أو التقية ، قال : لأنه مذهب كثير من العامة قال : وانما قلنا بذلك لاجماع علماء الطائفة على الفتوى بالخبر الأول ، وأشار به الى خبر علي بن يقطين المذكور ، وقال في الفقيه بعد أن عنون الباب بكراهة الوصية الى المرأة ثم أورد خبر السكوني قال : وفي خبر آخر (٣) « سئل أبو جعفر عليه السلام عن قول الله عزوجل : (٤) ولاتؤتوا السفهاء أموالكم » قال : لاتؤتوها شارب الخمر ولاالنساء ، ثم قال : وأي سفيه أسفه من شارب الخمر » ثم قال : في الفقيه وانما يعنى كراهة اختيار المرأة للوصية ، فمن أوصى اليها لزمها القيام بالوصية على ماتؤمر به ويوصي اليها انشاءالله تعالى ، انتهى .

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٦ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ١٨٤ ح ٧٤٣ ، الفقيه ج ٤ ص ١٥٥ ح ٥٣٨ .
(٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٥ ح ٩٥٣ ، الفقيه ج ٤ ص ١٦٨ ح ٥٨٥ .
(٣) الفقيه ج ٤ ص ١٦٨ ح ٥٨٦ .
وهذه الروايات الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٩ ح ٢ و ص ٤٤٢ ح ١ و ٢ .
(٤) سورة النساء ــ الآية ٤ .

أقول : والأقرب الحمل على التقية التي هي أحد القواعد المنصوصة في الجمع بين الأخبار ، دون الكراهة ، وان كانت هي المعمول عليها بينهم وبلغ في الاشتهار غايته .

وروى ثقة الاسلام عن أبي بصير (١) في الموثق عن ابي عبدالله عليه السلام قال : أعتق أبو جعفر عليه السلام من غلمانه عند موته شرارهم ، وأمسك خيارهم ، فقلت له : أبه تعتق هؤلاء ، وتمسك هؤلاء فقال : انهم قد أصابوا مني ضرباً فيكون هذا بهذا » ورواه الشيخ والصدوق مثله .

أقول : فيه دلالة على استحباب عتق من ضربه السيد ، وان كان هو استحقاق .

وروى المشايخ الثلاثة عن عمر بن يزيد (٢) « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : مرض علي بن الحسين عليه السلام ثلاث مرضات ، في كل مرض يوصي بوصية ، فاذا أفاق أمضى وصيته » .

أقول : يفهم من هذا الخبر استحباب امضاء الوصية بعد البرء من ذلك المرض الذي أوصى فيه .

وعن أحمد بن حمزة (٣) « قال : قلت له : ان في بلدنا ربما أوصى بالمال لآل محمد صلى الله عليه وآله ، فيأتوني به فأكره أن أحمله اليك حتى استأمرك ، فقال : لاتأتني به ولا تعرض له » .

أقول . الظاهر أنه محمول على التقية ، لأن الظاهر أن المسؤول هو الكاظم عليه السلام وكانت التقية في وقته شديدة ، وأحمد بن حمزة في زمانه عليه السلام كان من الوكلاء .

(١) و (٢) و (٣) الكافي ج ٧ ص ٥٥ ح ١٣ و ص ٥٦ ح ١٤ و ص ٥٨ ح ٣ التهذيب ج ٩ ص ٢٤٦ ح ٩٥٦ و ٩٥٥ و ص ٢٣٣ ح ٩١١ ، الفقيه ح ٤ ص ١٧١ ح ٦٠٠ و ص ١٧٢ ح ٦٠١ و ص ١٧٤ ح ٦١١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٧٢، الباب ٨٤ و الباب ٨٥ و ص ٤٨٠ ح ١ .

وعن حماد بن عثمان (١) في الصحيح أو الحسن « عن أبي عبدالله عليه السلام قال: أوصى رجل بثلاثين ديناراً لولد فاطمة عليها السلام قال: فأتى بها الرجل أباعبدالله عليه السلام فقال له أبوعبدالله عليه السلام ادفعها الى فلان، شيخ من ولد فاطمة عليها السلام، وكان معيلاً مقلاً، فقال له الرجل: انما أوصى بها الرجل لولد فاطمة عليها السلام فقال له أبوعبدالله عليه السلام: انها لاتقع من ولد فاطمة عليها السلام وهي تقع من هذا الرجل وله عيال » .

أقول: الظاهر أنه لما علم عليه السلام أن هذا الموصى به لايسع ولد فاطمة عليها السلام جميعاً لكثرتهم، أو لايمكن أيصاله اليهم لتفرقهم، وانما يمكن اعطاؤه لبعض منهم خص هذا الشيخ المعيل به، حيث انها يقع منه وينتفع بها .

وروى في الكافي قال: وكتب ابراهيم بن محمد الهمداني (٢) اليه عليه السلام ميت وروى في التهذيب عن ابراهيم بن محمد الهمداني قال: كتبت اليه ميت، ورواه الشيخ بسند آخر عن أحمد بن هلال « قال: كتبت الى أبي الحسن عليه السلام ميت أوصى بأن يجرى على رجل مابقي من ثلثه، ولم يأمر بانفاذ ثلثه هل للوصي أن يوقف ثلث الميت بسبب الاجراء فكتب عليه السلام: ينفذ ثلثه ولا يوقف » .

أقول: الظاهر أن معنى الخبر المذكور أنه أوصى أن ينفق على رجل من ثلثه مابقي ذلك الرجل، فلومات الرجل قبل نفاد الثلث يرجع الباقي الى ورثة الموصي ولم يأمر بانفاذ الثلث، أي لم يوص اليه بالثلث كملاً على وجه ينحصر استحقاقه فيه وفي ورثته من بعده، فهل للوصي أن يقطع الاجراء عليه ويجعله موقوفاً؟ حيث انه لم يوص له بالثلث كملاً ولم يستحقه كملاً بالوصية، فكتب عليه السلام: ليس له أن يوقفه، بل يجب أن يجرى عليه النفقة من الثلث مادام الرجل موجوداً والثلث باقياً كما هو مقتضى الوصية .

(١) الكافي ج ٧ ص ٥٨ ح ٢، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٣ ح ٩١٢ .
(٢) الكافي ج ٧ ص ٣٦ ح ٣٢، التهذيب ج ٩ ص ١٤٤ ح ٥٩٩ و ص ١٩٧ ح ٧٨٧، الفقيه ج ٤ ص ١٧٧ ح ٥٢٥ .
وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٤٨٠ ح ٢ و ص ٣٣٠ الباب ٧ .

وأمّا ماتوهمه بعض متأخري المتأخرين (١) من مشايخنا (رضوان الله عليهم) من احتمال حمل يوقف على أنه يجعل الثلث وقفاً ويجري عليه من حاصل الوقف ، فهو بعيد سحيق بل غريب من مثله (قدس سره) .

وروى الشيخ في التهذيب عن صفوان بن يحيى (٢) « عن أبي الحسن عليه‌السلام قال : سألته عن الرجل يوقف ثلث الميت بسبب الاجراء ؟ فكتب : ينفذ ثلثه ولا يوقف » .

أقول : اجمال هذا محمول على التفصيل الذي تقدم في سابقه ، وحاصل السؤال أنه هل للوصي اذا أوصى الميت باجراء ثلثه وصرفه في مصرف مخصوص أن يجعله موقوفاً ولا يجريه في ذلك المجرى ، فمنع عليه‌السلام من ذلك وأوجب انفاذه فيما أوصى به الموصي .

وروى في الكافي والتهذيب عن الحسين بن ابراهيم بن محمد الهمداني (٣) قال : كتب محمد بن يحيى وروى في الفقيه عن الحسين بن ابراهيم « قال : كتبت مع محمد بن يحيى هل للوصي أن يشتري شيئاً من مال الميت اذا بيع فيمن زاد ويزيد ؟ ويأخذ لنفسه ؟ فقال : يجوز اذا اشترى صحيحاً .

أقول : المشهور بين الأصحاب هو الجواز في هذه الصورة ، ونقل عن الشيخ القول بالمنع استناداً الى أن الواحد لايكون موجباً وقابلاً في عقد واحد ، لأن الأصل في العقد أن يكون بين اثنين إلا ما أخرجه دليل وهو الأب والجد ، ورد بأن مرجعه الى منع تولية طرفي العقد وهو ممنوع ، اذ لم يقم عليه دليل مع أصالة الجواز ، ووجود النظير في الأب والجد كما اعترف به ، ولا دليل على

(١) هو شيخنا محمد تقي والد محمد باقر المجلسي (رحمه الله) .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٤٤ ح ٦٠٠ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٥٩ ح ١٠ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٣ ح ٩١٣ . الفقيه ج ٤ ص ١٦٢ ح ٥٦٦ .

وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٣١ ح ٢ و ص ٤٧٥ الباب ٨٩ .

اختصاصهما بذلك ، وهذه الرواية كما ترى ظاهرة في الجواز ، وجملة من الأصحاب قد ذكروها . لكن لم يجعلوها دليلاً لضعف رجالها وجهالة المكتوب اليه ، وانما جعلوها شاهداً ومؤيداً ، وقد تقدم الكلام في المسئلة في غير موضع وبينا أنه لم يقم دليل على المنع من تولية الواحد طرفي العقد إلا في النكاح كما دلت عليه موثقة عمار (١) .

وروى المشايخ الثلاثة (تغمدهم الله تعالى برحمته) عن سعد بن اسماعيل عن أبيه (٢) « قال : سألت الرضا عليه السلام عن وصيي ايتام تدرك أيتامه فيعرض عليهم أن يأخذوا الذي لهم فيأبون عليه ، كيف يصنع ؟ قال : يرده عليهم ويكرههم » وهو دال على وجوب القبض عليهم ، وكذا كل من له مال حال دفعه من غريمه فانه يجب عليه قبضه .

وروى في الكافي عن محمد بن عيسى (٣) في الصحيح عمن رواه « عن أبي عبدالله عليه السلام قال . في رجل مات وأوصى الى رجل وله ابن صغير فأدرك الغلام وذهب الى الوصي فقال : رد علي مالي لأتزوج فأبى عليه فذهب حتى زنى قال : يلزم ثلثي اثم زنا هذا الرجل ذلك الوصي الذي منعه المال ولم يعطه ، فكان يتزوج » .

أقول : لعل التمثيل بالثلثين كناية عن بيان القسط الذي يلزم بسبب المنع، وأنه المعظم من الاثم والأكثر منه .

وروى في الكافي والتهذيب عن جعفر بن عيسى (٤) « قال : كتبت الى أبي

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٨ ح ٥ .
(٢) الكافي ج ٧ ص ٦٨ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٤٥ ح ٩٥١ ، الفقيه ج ٤ ص ١٦٥ ح ١ .
(٣) الكافي ج ٧ ص ٦٩ ح ٩ .
(٤) الكافي ج ٧ ص ٥٩ ح ٩ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٣ ح ٩١٤ .
وهذه الروايات في الوسائل ج ١٤ ص ٢١٧ ح ٤ و ج ١٣ ص ٤٣٦ الباب ٤٧ و ص ٤٣٥ ح ١ و ص ٤٨٠ ح ١ .

الحسن عليه السلام أسأله في رجل أوصى ببعض ثلثه من بعد موته من غلّة ضيعة له الى وصيه ، يضعه في مواضع سماها له معلومة في كل سنة ، والباقي من الثلث يعمل فيه ماشاء ورأي الوصي ، فانفذ الوصي ماأوصى به اليه من المسمى المعلوم ، وقال في الباقي : قد صيرت لفلان كذا ، ولفلان كذا في كل سنة ، وفي الحج كذا ، وفي الصدقة كذا في كل سنة ، ثم بداله في ذلك فقال : قد شئت الأول ورأيت خلاف مشيّتي الأولى ورأيي ، أله أن يرجع فيها ويصير ماصيرهم لغيرهم وينقصهم ، أو يدخل معهم غيرهم ، ان أراد ذلك، فكتب : ذلك له أن يفعل ماشاء إلا أن يكون كتب على نفسه كتاباً » .

أقول : لعل المراد من الاستثناء هو أن يكون قد كتب كتاباً على نفسه لمن عين له شيئاً من تلك الوصايا ، بحيث انه يلزم عند القضاء لورفع الأمر اليهم ، وان كان يجوز له الرجوع بالنظر الى الواقع وفيما بينه وبين الله تعالى .

ويحتمل على بعد أن يكون قد ملّكهم ذلك بوجه شرعي على وجه لايجوز له الرجوع ، وكتب لهم كتاباً بذلك ، أو يكون كتابة الكتاب كناية عن التمليك .

وروى في التهذيب عن علي بن سالم (١) « قال : سألت أبا الحسن موسى عليه السلام فقلت : ان أبي أوصى بثلاث وصايا فأيّهن آخذ ؟ فقال : خذ بآخرهن ، قال : قلت : فانها أقل ، قال : فقال : وان قل » .

أقول الظاهر ان هذه الوصايا الثلاث على البدل ، والرجوع عن المتقدم منها الى المتأخر ، فلذا أمره بالأخذ بالوصية الأخيرة ، لأنها ناسخة لما تقدمها ، وقد استفاضت الأخبار ، بأن له العدول ما دام حياً بالتقديم والتأخير ، والزيادة والنقصان ، ونحو ذلك .

ومنها مارواه في الفقيه عن محمد بن عيسى بن عبيد (٢) « قال : كتبت الى

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٣ ح ٩٤٢ .
(٢) الفقيه ج ٤ ص ١٧٣ ح ٨ .
وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٧ ح ٧ و ٦ .

علي بن محمد عليه‌السلام رجل أوصى لك بشيء معلوم من ماله وأوصى لأقربائه من قبيل أبيه وأمّه ،ثم أنه غيّر الوصية ، فحرم من أعطى ، وأعطى من حرم ، أيجوز ذلك ؟ فكتب عليه‌السلام : هو بالخيار في جميع ذلك الى أن يأتيه الموت » .

و روى في الكافي عن سعيد بن يسار (١) « عن ابى عبدالله عليه‌السلام في رجل دفع الى رجل مالاً وقال : انما ادفعه اليك ليكون ذخراً لابنتي فلانة وفلانة ، ثم بدا للشيخ بعد مادفع المال أن يأخذ منه خمسة وعشرين ومائة دينار فاشترى بها جارية لابن ابنه ، ثم ان الشيخ هلك فوقع بين الجاريتين وبين الغلام أو احداهما فقالتا له : ويحك والله انك لتنكح جاريتك حراماً ، انما اشتراها أبونا لك من مالنا الذي دفعه الى فلان فاشترى لك منه هذه الجارية ، فأنت تنكحها حراماً لاتحل لك ، فأمسك الفتى عن الجارية فماترى في ذلك ؟ قال : أليس الرجل الذي دفع المال أبا الجاريتين ، وهوجد الغلام وهو اشترى له الجارية ؟ قلت بلى فقال : قل له فليأت جاريته اذا كان الجد هو الذي أعطاه وهو الذى أخذه » أقول : الوجه في هذا الخبر ما تقدم في سابقه .

وروى في الكافي عن عماربن مروان (٢) « قال : قلت لأبى عبدالله عليه‌السلام : ان أبي حضره الموت فقيل له : أوص فقال : هذا ابني يعنى عمر فما صنع فهو جائز ، فقال أبوعبدالله عليه‌السلام : فقد أوصى أبوك وأوجز قلت : فانه أمر لك بكذا وكذا فقال أجره ، قلت ؟ وأوصى بنسمة مؤمنة عارفة فلما اعتقناه بان لنا أنه لغيررشدة، فقال : قد أجزأت عنه ، انما مثل ذلك مثل رجل اشترى أضحية على أنها سمينة فوجدها مهزولة فقد أجزأت عنه » .

أقول: فيه اشارة الى كفرابن‌الزنا كما هوأحدالقولين ، وقد تقدم تحقيق‌القول فيه في كتاب‌الطهارة ، وفيه دلالة على حصول الوصية بالحوالة الى اختيار الوصي

(١) الكافى ج ٧ ص ٦٦ ح ٣١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٨ ح ٩٢٦ .
(٢) الكافى ج ٧ ص ٦٢ ح ١٧ التهذيب ج ٩ ص ٢٣٦ ح ٩٢٠ .
وهما فى الوسائل ج ١٣ ص ٣٨٦ ح ٥ و ص ٤٨١ ح ٢ .

وروى الشيخ في التهذيب عن عنبسة العابد (١) «قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام: أوصني فقال : أعد جهازك وقدم زادك وكن وصي نفسك ولاتقل لغيرك يبعث اليك بما يصلحك » .

وروى المشايخ الثلاثة عن السكوني (٢) «عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال : أول شيء يبدأ به من المال الكفن ، ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث » .

ورواه في التهذيب بسند آخر عن اسماعيل بن ابي زياد (٣) « عن جعفر عن أبيه عليهما السلام قال : قال رسول الله (صلّى الله عليه وآله) : أول مايبدأ به من المال الكفن » الحديث .

وروى المشايخ الثلاثة عن محمد بن قيس (٤) في الصحيح « عن أبي جعفر عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين : ان الدين قبل الوصية ثم الوصية على أثر الدين ثم الميراث بعد الوصية ، فان أول القضاء كتاب الله » .

أقول : لاخلاف بين الأصحاب في تقديم الكفن على مابعده كما دلّت عليه جملة من الأخبار ، وانما الاشكال في شموله للواجب والمستحب ، أو التخصيص بالأول ، ولم أقف لأحد من الأصحاب على كلام في ذلك ، والظاهر التخصيص بالواجب أخذاً بالمتيقن فيما خالف الأصل ، وأمّا تقديم الدين على الوصية فهو ظاهر لتعلّق الدين بذمة الميت ، ولهذا وجب خروجه من الأصل بخلاف الوصية وأمّا تقديم الجميع على الميراث فلما تكاثر في الآيات من قوله عز وجل (٥)

(١) الكافي ج ٧ ص ٦٥ ح ٢٩ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٧ ح ٩٢٤ .
(٢) الكافي ج ٧ ص ٢٣ ح ٣ ، التهذيب ج ٩ ص ١٧١ ح ٦٩٨ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٣ ح ٤٨٨ .
(٣) التهذيب ج ٦ ص ١٨٨ ح ٣٩٨ .
(٤) الكافي ج ٧ ص ٢٣ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ١٦٥ ح ٦٧٥ ، الفقيه ج ٤ ص ١٤٣ ح ٤٨٩ .
وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٤٨٣ الباب ٩٨ و ص ٤٠٦ ح ١ و ص ٩٨ ح ٢ و ص ٤٠٦ ح ٢ .
(٥) سورة النساء ـ الآية ١٢ .

« من بعد وصية يوصى بها أو دين » .

وروى في الكافي والتهذيب عن سعد بن اسماعيل (١) عن أبيه « قال : سألت الرضا عليه السلام عن رجل حضره الموت فأوصى الى ابنه وأخوين شهد الابن وصيته ، وغاب الأخوان ، فلما كان بعد أيام أبيا أن يقبلا الوصية مخافة أن يتوثب عليهما ابنه ولم يقدرا أن يعملا بما ينبغي ، فضمن لهما ابن عم لهما وهو مطاع فيهم أن يكفيهما ابنه ، وقد خلا بهذا الشرط فلم يكفهما ابنه وقد اشترطا عليه ابنه ، وقالا : نحن نبرء من الوصية ونحن في حل من ترك جميع الأشياء والخروج منه ، أيستقيم أن يخليا عما في أيديهما ويخرجا منه ؟ قال : هو لازم لك ، فارفق على أيّ الوجوه كان ، فانك مأجور لعل ذلك يحل بابنه » .

قال المحدث الكاشاني في الوافي : لما استفرس عليه السلام أن السائل هو أحد الأخوين خاطبه باللزوم والرفق ، ولعل المراد بالمشار اليه بذلك الموت لما ثبت ان مثل هذه المناقشات المالية مما تعجل الأجل ، أو المراد به ان رفق يعنى لعله بسبب رفقك به يصير رفيقاً منقاداً ، انتهى وهو جيد ، وفيه اشارة الى ما تقدم مما اخترناه في المسئلة الرابعة من المقصد السادس في الوصاية من وجوب القيام بالوصية على من جعل وصيه في حال غيبته ، ومات الموصي وان لم يقبل بعد بلوغ الخبر له ، وعلى ذلك دلّت جملة من الأخبار المتقدمة ثمة ، ولهذا أنه عليه السلام ألزم السائل لما عرف أنه أحد الوصيين بالقيام بالوصية حسب الامكان ، وأمر بالرفق مع الابن ولم يرخص له في الخروج والترك بالكلّية ، وفيه رد على من خالف في المسئلة ممن قدمنا ذكره ثمة .

وروى في التهذيب عن صفوان (٢) « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل كان لرجل عليه مال فهلك ، وله وصيّان ، فهل يجوز أن يدفع الى أحد الوصيين

---

(١) الكافي ج ٧ ص ٦٠ ح ١٤ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٤ ح ٩١٦ .
(٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٣ ح ٩٤١ .
وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٣٩٩ ح ٦ و ص ٤٤٠ ح ٢ .

دون صاحبه ؟ قال : لا يستقيم إلا أن يكون السلطان قد قسم المال فوضع على يد هذا النصف ، وعلى يد هذا النصف ، أو يجتمعان بأمر السلطان .

أقول : لايخفى ما في هذا الخبر من الغموض ، قال في الوافي لعل المراد « إلا أن يكون السلطان أمر بوضع هذا المال عند أحد الوصيين بمقاسمته بينهما أو يجتمع أحد الوصيين مع المدين بأمره » ، انتهى .

ولا يخفى ما فيه من الضعف ، وظاهر كلامه أن المراد بالمال الذى قسمه السلطان هو مال المدين ، والمتبادر من الخبر انما هو مال التركة ، وعلى كل منهما فانه لايحصل الدفع الى أحد الوصيين كما يقتضيه الاستثناء ، وبالجملة فانه لايظهر لي منه معنى ، يمكن الاعتماد عليه .

والشيخ في الاستبصار حمله على السلطان العادل دون الجائر ، إلا للتقية ، وهو أمر خارج عن محل الاشكال ، فانه نظر أن مقتضى حكم المسئلة كما تقدم هو عدم جواز انفراد الوصيين متى شرط الاجتماع أو أطلق ، فتجويز المقاسمة والانفراد هنا انما رخصة ، ان حمل السلطان على السلطان العادل ، وان حمل على الجائر وجب الحمل على التقية ، لما عرفت من أن الحكم عدم جواز الانفراد والمقاسمة ، وهذا أمر آخر غير ما ذكرنا أولا .

وروى المشايخ الثلاثة (قدس الله أرواحهم عن البزنطى (١) باسناد له « أنه سئل عن رجل يموت ويترك عيالا وعليه دين ، أينفق عليهم من ماله ؟ قال : ان استيقن ان الذى عليه ، يحيط بجميع التركة فلاينفق عليهم ، وان لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال » .

ورواه في الكافي و التهذيب بسند آخر عن عبدالرحمن بن الحجاج (٢) عن أبى الحسن عليه السلام مثله ، إلا أنه قال « ان كان يستيقن أن الذى ترك يحيط

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ٤٣ ح ١ و ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ١٤٦ ح ٦٧٢ و ص ١٦٥ ح ٦٧٣ ، الفقيه ج ٤ ص ١٧١ ح ٥٩٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٧ ح ١ و ص ٤٠٨ ح ٢ .

بجميع دينه فلا ينفق عليهم ، وان لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال » قال في الكافي : وكأنه سهو من بعض الرواة .

وروي في الكافي والتهذيب عن علي بن أبي حمزة (١) « عن أبي الحسن عليه السلام قال : قلت له : ان رجلا من مواليك مات وترك ولداً صغاراً وترك شيئاً وعليه دين وليس يعلم به الغرماء ، فان قضاه بقي ولده ليس لهم شيء ، فقال أنفقه على ولده » .

والشيخ في التهذيبين طعن فيه بقطع الاسناد حيث ان المروي عن علي بن أبي حمزة بعض أصحابنا ، وطعن فيه بمخالفة القرآن ، واحتمل بعض مشايخنا المحدثين حمله على أنه عليه السلام كان عالماً بأنه لاحق لأرباب الديون في تلك الواقعة أو أنهم كانوا نواصب ، فأذن في التصرف في أموالهم ، أو على أنهم كانوا بمعرض الضياع والتلف ، فيلزم الانفاق عليهم من أي مال تيسر .

أقول : وكيف كان فان الخبر على ظاهره غير معمول عليه ، لما تقدم من أن الدين متقدم على الارث ، فلابد في تصحيح ما دل عليه من التأويل بأحد الوجوه المذكورة ونحوها ، كأن يكون الأخذ قرضاً من حيث الضرورة أوضمان الوصي ذلك ، أو نحو ذلك .

وروى المشايخ الثلاثة في الصحيح او الحسن عن معاوية بن عمار (٢) « قال : أوصت الي امرأة من أهلي بثلث مالها ، وأمرت أن يعتق ويحج ويتصدق فلم يبلغ ذلك ، فسألت أبا حنيفة عنها فقال : يجعل أثلاثاً ، ثلثاً في العتق ، وثلثاً في الحج ، وثلثاً في الصدقة ، فدخلت على أبي عبدالله عليه السلام فقلت له ان امرأة من أهلي ماتت وأوصت الي بثلث مالها ، وأمرت أن يعتق عنها ويتصدق ويحج عنها . فنظرت فيه فلم يبلغ ، فقال : ابدأ بالحج فانه فريضة من فرائض الله

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ٤٣ ح ٣ و ص ١٩ ح ١٤ ، التهذيب ج ٩ ص ١٦٥ ح ٦٧٤ و ص ٢٢١ ح ٨٦٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٠٨ ح ٣ و ص ٤٥٥ ح ١ .

تعالى . وتجعل مابقي طائفة في العتق وطائفة في الصدقة ، فأخبرت أبا حنيفة بقول أبي عبدالله عليه‌السلام ، فرجع عن قوله وقال: بقول أبي عبدالله عليه‌السلام وبهذا المضمون أخبار أخر .

أقول : حكمه عليه بتقديم الحج لكونه فريضة ، إمّا لعلمه عليه بكونها لم تحج حجة الاسلام ، أو لفهم ذلك بقرينة المقام ، وإلا فالسؤال بحسب الظاهر مجمل ، وظاهره أنه لو كان الحج مستحباً كان الحكم في ذلك ماذكره أبو حنيفة من القسمة أثلاثاً .

بقي في الحديث اشكال من وجه آخر ، وهو أن السائل أخبر بأن الثلث الموصى به لايقوم بالحج والصدقة والعتق ، بل متى صرف في واحد أو اثنين لزم الاخلال بالباقي فكيف عليه‌السلام يأمره بالبداءة بالحج ، ثم بعد ذلك يجعل مابقي طائفة في العتق وطائفة في الصدقة ، فانه ظاهر في أن الثلث يقوم بالجميع ، اللهم إلا أن يراد انه ان بقي شيء يقوم بهذين الآخرين صرف فيهما ، أو بواحد منهما صرف فيه ، وإلا فلا .

وبالجملة فان النقص انما يدخل فيما عدا الحج خاصة ، ويحتمل أن يكون المراد أن ما بقي يصرف فيهما فيشترى نسمة للعتق بما يناسب الباقي من القلّة والصدقة يكفي فيها المسمى .

وروى الشيخ في التهذيب عن محمد بن الحسن (١) أنه « قال لأبي جعفر عليه‌السلام: جعلت فداك قد اضطررت الى مسئلتك فقال : هات فقلت : ان سعد بن سعد أوصى حجوا عني مبهماً ولم يسم شيئاً ولا ندري كيف ذلك ؟ فقال يحج عنه مادام له مال » .

أقول : المراد بالمال الثلث ، فانه هو الذي له بعد موته .

ويفسره مارواه في التهذيب عن محمد بن الحسن بن أبي خالد (٢) « قال:

(١) و (٢) التهذيب ج ٩ ص ٢٢٦ ح ٨٨٨ مع اختلاف يسير و ح ٨٨٩ ، الوسائل ج ٨ ص ١٢٠ ح ١ و ٢ .

سألت أباجعفر عليه السلام عن رجل أوصي أن يحج عنه مبهماً فقال : يحج عنه مابقي من ثلثه شيء » .

وروى المشايخ الثلاثة في الصحيح عن ابراهيم بن مهزيار (١) « قال : كتبت اليه عليه السلام أن مولاك علي بن مهزيار أوصى أن يحج عنه من ضيعة صير ربعها الى حجة في كل سنة الى عشرين ديناراً ، وأنه قد انقطع طريق البصرة فتتضاعف المؤنة على الناس وليس يكتفون بالعشرين ديناراً ، وكذا أوصى عدة من مواليك في حججهم فكتب : يجعل ثلاث حجج حجتين انشاءالله ، قال ابراهيم : وكتب اليه علي بن محمد الحضيني : أن ابن عمي أوصى ان يحج عنه حجة بخمسة عشر ديناراً في كل سنة فليس يكفي فما تأمرني في ذلك ؟ فكتب عليه السلام : يجعل حجتين حجة فان الله عالم بذلك .

أقول : يعني انالله عالم بالعذرالمذكور ، فان الاخلال بما أوصى ليس على سبيل الاختيار ، وهو مؤيد لما اشتهر من حديث « اذا أمرتم بأمر فأتوا منه مااستطعتم » وينبغي أن يحمل هذا الخبر وماتضمنه من السؤالين المذكورين على كون الوصية بالحج من البلد كما ينبىء ظاهر السؤال الأول ، وإلا فلو كانت مطلقة فان الظاهر ان حج عنه من أي مكان اتفق ، ولو من الميقات .

كما يدل عليه مارواه الشيخ في التهذيب في الموثق عن ابن بكير (٢) « عن ابى عبدالله عليه السلام أنه سئل عن رجل أوصى بمال في الحج فكان لايبلغ مايحج به من بلاده قال : فيعطى في الموضع الذي يبلغ أن يحج به منه » .

وعن ابن مسكان عن ابى سعيد (٣) « عمن سأل أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى بعشرين درهماً في حجة قال : يحج بها عنه رجل من حيث يبلغه » ونحوهما غيرهما من الأخبار .

---

(١) الكافي ج ٤ ص ٣١٠ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٦ ح ٨٩٠ ، الفقيه ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٢ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٩ ص ٢٢٧ ح ٨٩٢ و ص ٢٢٩ ح ٨٩٧ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ٨ ص ١١٩ ح ١ و ص ١١٧ ح ٢ و ص ١١٨ ح ٥ .

وروى في الكافي عن علي بن فرقد (١) صاحب السابري « قال : أوصى الي رجل بتركته وأمرني أن أحج بها عنه فنظرت في ذلك فاذا شيء يسير لا يكفي للحج ، فسألت أباحنيفة وفقهاء أهل الكوفة فقالوا : تصدق بها عنه ، فلما حججت لقيت عبدالله بن الحسن في الطواف ، فسألته وقلت له : ان رجلاً من مواليكم من أهل الكوفة مات وأوصى بتركته الي ، وأمرني أن أحج بها عنه ، فنظرت في ذلك فلم يكف للحج فسألت من قبلنا من الفقهاء فقالوا : تصدق بها ، فتصدقت بها ، فما تقول ؟ فقال لي : هذا جعفر بن محمد في الحجر فأته واسأله ، قال : فدخلت في الحجر فاذا أبو عبدالله عليه السلام تحت الميزاب ، مقبل بوجهه على البيت يدعو ، ثم التفت الي فرآني فقال : ماحاجتك ؟ قلت : جعلت فداك اني رجل من أهل الكوفة من مواليكم قال : فدع ذا عنك ، حاجتك ؟ قلت : رجل مات وأوصى بتركته ان أحج بها عنه ، فنظرت في ذلك فلم يكف للحج ، فسألت من عندنا من الفقهاء قالوا : تصدق بها ، فقال : ماصنعت ؟ قلت : تصدقت بها فقال : ضمنت إلا أن يكون لا يبلغ أن يحج به من مكة ، فان كان لا يبلغ ان يحج به من مكة فليس عليك ضمان ، وان كان يبلغ به من مكة فأنت ضامن .

أقول : يستفاد من هذا الخبر فوائد : منها ضمان الوصي مع التبديل والعمل بخلاف الوصية اذا كانت الوصية على وجه المشروع ، وهو مما لا اشكال فيه ، ومنها أنه مع تعذر العمل بالوصية وصرفها فيما أوصى به الموصي ، يصرف الموصى به في وجوه البر كما هو المشهور ، ولا تبطل الوصية كما هو القول الآخر .

وقد تقدم الكلام في ذلك في التتميم الذي ذكر في الوصايا المبهمة من المقصد الثالث في الموصى به في تقدم نقل مضمون هذه الرواية دليلاً على ذلك ، ومنها ماتقدمت الاشارة اليه قريباً ، من أنه متى أوصى بوجه للحج ، ولم يقيد

(١) الكافي ج ٧ ص ٢١ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٢٨ ح ٨٩٦ وفيه علي بن مزيد الفقيه ج ٤ ص ١٥٤ ح ٥٣٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٣ الباب ٨٧ .

بالبلد ولا غيرها ، فانـه يجب الحج بما أوصى به من أقرب الأماكن التى يمكن الحج ولو من مكة ، كما تضمنه الخبر فانها أحد المواقيت في الجملة .

بقي الكلام هنا في شيء آخر ، وهو أن السائل قال : انـه أمرني أن أحـج بها ، والظاهر أن لفظ أحج من الرباعي من أحج غيره ، اذا أعطاه مايحج به ، لا من الثلاثي المجرد بأن يكون الموصي هـو الذي يحج بنفسه ، وأن الميت أوصى اليه بذلك ، وصدر الخبر وان كان محتملاً لكل من الأمرين ،إلا أن حكمه في الجواب لما سأله السائل عن ذلك ، بأنه ان بلغ المال لأن يحج به من مكـة فأنت ضامن ، انما يتجه على تقدير كونـه مأموراً بأن يستأجر من يحج عنه ، بناء على كون أحج من الرباعي ، وإلا فلو كان الوصي هـو المأمور بالحج بنفسه بناء على كـون اللفظ من الثلاثي المجرد ، والرجل من أهل الكوفة ، فكيف يوجب عليه الامام عليه السلام أن يتحمل مؤنة النفقة الى مكة من ماله حتى اذا وصل مكة حج عنه بذلك الوجه الموصى به ، وهذا بحمدالله سبحانه ظاهر لاسترة عليه .

وروى الشيخ في التهذيب عن أبي حمزة الثمالي (١) « قال : قال : ان رجلاً حضرته الوفاة فأوصى الى ولده : غلامي يسار هوابني فورثوه مثل ميراث أحدكم ، وغلامي يسار فاعتقوه ، فهو حر ، فذهبوا يسالونه أيما يعتق وأيمايرث ، فاعتقل لسانه ، قال : فسألوا الناس فلم يكن عند أحـد جواب ، حتى أتوا أبا عبدالله عليه السلام فعرضوا المسئلة عليه قال: فقال : معكم أحد من نسائكم ؟ قال : فقالوا : نعم معنا أربع أخوات لنا ، ونحن أربع اخوة ، قال : فاسألوهن أي الغلامين كان يدخل عليهن فيقول أبوهن لاتسترن منه ، فانما هو أخوكن ، قالوا : نعم كان الصغير يـدخل فيقول أبونا : لاتسترن منه انما هو أخوكن ، فكنا نظن أنـه يقول ذلك لأنه ولد في حجورنا ، وانما ربيناه ، قال : فيكـم أهل البيت علامـة ؟ قالوا : نعم ، قال : انظروا أترونها بالصغير ؟ قالوا : فرأوها به ، قال : تريدون أعلمكم أمر الصغير ؟

(١) التهـذيب ج ٩ ص ١٧١ ح ٧٠٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٧ الباب ٤٣ .

قال : فجعل عشرة أسهم للولد ، وعشرة أسهم للعبد ، قال : ثم أسهم عشر مرات ، قال : فوقعت على الصغير سهام الولد ، قال : فقال : اعتقوا هذا ، وورثوا هذا » .

أقول : الظاهر أن الحكم الشرعي في المسئلة المذكورة هو القرعة ، كما تضمنه آخر الخبر ، وما ذكره أولاً من الأمرين المذكورين مؤيدين لمزيد الايضاح ، ولو حصلت العدالة في النساء الأربع المذكورين لكان الظاهر العمل بما أخبرن به من اعتراف الأب به ، ولم يحتج الى القرعة ، إلا أن يكون لمزيد الايضاح .

وروى في الفقيه عن يونس بن عبدالرحمن عن داود بن نعمان عن الفضيل(١) مولى أبي عبدالله عليه السلام « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : أشهد رسول الله (صلى الله عليه وآله) على وصيته الى علي عليه السلام أربعة من عظماء الملائكة جبرئيل وميكائيل واسرافيل وآخر لم أحفظ اسمه »

أقول : الظاهر أن المراد بالوصية هنا أو عنه أمير المؤمنين عليه السلام في بيت أم سلمه حين خلا به من الصبح الى قرب الظهر من الأمور التي يحدث عليه ، ويتجدد بعد موته ، وأمره باحتمالها والصبر عليها ، ونحو ذلك كما يدل عليه خبر أم سلمه وهو طويل ليس هذا موضع ذكره .

وروى الشيخ في التهذيب عن علي بن الحسن بن فضال عن محمد بن عبدوس (٢) « قال : أوصى رجل بتركته متاع وغير ذلك لأبي محمد عليه السلام فكتبت اليه : جعلت فداك رجل أوصى الي بجميع ما خلف لك ، وخلف ابنتي أخت له ، فرأيك في ذلك ؟ فكتب الي : بع ما خلف ، وابعث به الي ، فبعث به اليه ، فكتب الي : قد وصل » ، « قال علي بن الحسن : ومات محمد بن عبدالله بن زرارة فأوصى الى أخي أحمد وخلف داراً وكان أوصى في جميع تركته أن تباع ويحمل ثمنها الى أبي الحسن عليه السلام

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٧٥ ح ٦١٦ .
(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٩٥ ح ٧٨٥ .
وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٤٢٧ الباب ٤٣ و ص ٣٦٩ ح ١٦ و ١٧ و ١٨ .

فباعها فاعترض فيها ابن أخت له ، وابن عم له ، فأصلحنا أمره بثلاثة دنانير ، وكتب اليه أحمد بن الحسن ودفع الشيء بحضرتي الى أيوب بن نوح ، وأخبره أنه جميع ماخلف ، وابن عم له وابن اخته عرض . فأصلحنا أمره بثلاثة دنانير فكتب : قدوصل ذلك وترحم على الميت وقرأت الجواب » ، « قال علي : ومات الحسين بن احمد الحلبي وخلف دراهم مائتين فاوصى لامرأته بشيء من صداقها وغير ذلك وأوصى بالبقية لأبي الحسن عليه السلام فدفعها احمد بن الحسن الى أيوب بحضرتي ، وكتب اليه كتاباً ، فورد الجواب بقبضها ودعا للميت » .

أقول : لا يخفى ما في ظاهر الخبر من الاشكال ، والشيخ لذلك قد حمله تارة على تخصيصه بهم عليهم السلام ، وآخر على كون حمل المال اليهم لا على جهة الوصية بل على جعلها صلة لهم في حال حياة الموصي ، وثالثة على أن يكون ذلك قبل أن تكون لهم وارث ثم يوجد الوارث كما تقدم في حديث المتطبب ، ورابعة على كون الوارث مخالفاً ، ثم جوز في الوجه الأخير فقد الوارث ، ولا يخفى ما في الجميع عن البعد سوى الأخير فانه أقرب قريب ، وأمّا بالنسبة الى وصية محمد بن عبدالله بن زرارة المشتملة على اعتراض ابن الاخت وابن العم ، فالاحتمالان فيهما متساويان ، ولعل الأقرب الأول منهما ، وهو كونهما مخالفين .

وأمّا بالنسبة الى وصية الحسين بن أحمد الحلبي فظاهره أنه ليس له وارث إلا الزوجة ، ومن المحتمل أنه أوصى لها بصداقها وميراثها المعبر عنه بغير ذلك ، فلا اشكال بحمد الملك المتعال .

ولنقطع الكلام حامدين للملك العلام على نعمه الجسام التى لاتحصيها الأقلام التى من جملتها التوفيق للفوز بسعادة الاختتام لهذا الجلد الشريف والمؤلف المنيف وهو الجلد الثامن (١) من كتاب

(١) بحسب تجزأة المؤلف ، والجلد الثاني والعشرون بحسب تجزئتنا ، ويتلوه ان شاء الله تعالى الجلد الثالث والعشرون في كتاب النكاح ، وما يلحق به . . .

« الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة »

ويتلوه ان شاء الله تعالى المجلد التاسع في كتاب النكاح وما يلحق به

من الكتب المتعلّقة به ، مصلّين بعد الحمد له سبحانه

على نبيّنا أشرف الأنبياء والمرسلين

وآله الطيبين الطاهرين



فهرس الجـزء الثاني والعشرين
من كتاب الحدائق الناضرة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحه

الصفحة



منشورات دار الأضواء بيروت-لبنان

اسم الكتاب	المؤلف
جوامع الجامع في تفسير القرآن	الطبرسي
مصادر وأسانيد نهج البلاغة	عبد الزهراء الخطيب
شرائع الاسلام ١-٤	العلامة الحلي
جامع الرواة	الأردبيلي
معالم التوحيد	العلامة الشيخ جعفر سبحاني
معالم الحكومة الاسلامية	جعفر سبحاني
معالم النبوة	جعفر سبحاني
مفاتيح الجنان	عباس القمي
الباقيات الصالحات	عباس القمي
الأنوار البهية	عباس القمي
فرق الشيعة	النوبختي
حق اليقين	العلامة عبد الله شبر
تذكرة الخواص	سبط بن الجوزي
ثواب الأعمال وعقابها	علي دخيل
مناقب الإمام علي	ابن المغازلي الشافعي
أدعية وأعمال شهر رمضان	إعداد الدار
١٠٠ شاهد وشاهد	عبد الزهراء الخطيب
الاستبصار	الكراجكي
الوصية الخالدة	عباس الموسوي
تلخيص المحصل	نصير الدين الطوسي
معالم العلماء	ابن شهراشوب
كنز الفوائد ١ - ٢	الكراجكي
المتعة واثرها في الاصلاح الاجتماعي	توفيق الفكيكي
اسرار الصلوة	الميرزا جواد ملكي
المختصر النافع من فقه الامامية	المطهر الحلي
الحدائق الناضرة في فقه العترة الطاهرة ١ - ٢٠	الشيخ يوسف البحراني

اسم الكتاب	المؤلف
اصول الكافي ١ - ٢	للشيخ الكليني
فروع الكافي ٣ الى ٧	للشيخ الكلبي
روضة الكافي	
من لا يحضره الفقيه ١ - ٤	للشيخ الصدوق
التهذيب ١ - ١٠	الشيخ الطوسي
الاستبصار ١ - ٤	الشيخ الطوسي
ضياء الصالحين	الجوهري
عمار بن ياسر	صدر الدين شرف الدين
الإسلام وأسس التشريع	عبد المحسن فضل الله
مقتل الحسين	عبد الرزاق المقرم
حجر بن عدي	عبد الله السبيتي
سلمان الفارسي	عبد الله السبيتي
عمار بن ياسر	عبد الله السبيتي
مذهب أهل البيت	محمد الحيدري
كيف تكسب الأصدقاء	محمد الحيدري
النكت الاعتقادية	جعفر النقدي
علي الأكبر	محمد علي عابدين
من ذا وذاك	محمد جواد مغنية
شبهات الملحدين	محمد جواد مغنية
مصدر الوجود	جعفر سبحاني
فلسفات إسلامية	بسام مرتضى
طب الإمام الصادق	محمد الخليلي
الأخلاق عند الإمام الصادق	محمد أمين زين الدين
الحياة الجنسية في الإسلام	صباح السعدي
كشف الغمة في معرفة الأئمة	الأربلي
سعد السعود	ابن طاووس
مناقب آل أبي طالب	ابن شهراشوب
الفصول المختارة	الشيخ المفيد
الانتصار	الشريف المرتضى
مبادىء الوصول إلى علم الأصول	العلامة الحلي





